Seinem hochverehrten Lehrer

Herrn Professor Dr. Franz Bernhöft

in Dankbarkeit

ehrerbietigst dargebracht.

I.

Es gehört zu den eigenthümlichsten Erscheinungen auf dem Gebiete des Pandektenrechts wie des Privatrechts überhaupt, daß es an einer einwandsfreien klaren Formulirung des Begriffs der höheren Gewalt mangelt, obwohl diese Materie von jeher — schon die Glosse beschäftigt sich eingehend mit vis major — den Gegenstand eifriger juristischer Studien gebildet hat. Dabei handelt es sich nicht bloß um eine rechtshistorische Frage, um einen antiquirten Begriff. Die Haftung bis vis major ist vielmehr gerade jetzt von eminent praktischer Bedeutung. Man fühlt und hat stets gefühlt, wenn man mit den verschiedenartigsten Ausdrücken, wie vis major, damnum fatale, vis divina, *θεοῦ βία*, Gottes- und Feindesgewalt, höhere Gewalt, unabwendbarer Zufall, eine Haftung über die gewöhnliche casus-Grenze hinaus statuirte — daß dieser erhöhten Haftung doch ein gesunder Kern zu Grunde liege, daß es sich um einen Rechtsgedanken handle, den man nicht entbehren könne im Verkehr des täglichen Lebens. Freilich haben sich der Ausdehnung der Haftung bis zur höheren Gewalt auf neue Rechtsgebiete in unserem Jahrhundert namhafte Juristen

entgegengestellt. Bei der Ausarbeitung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs war es Goldschmidt, und hinsichtlich des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat sogar der XXII. Juristentag einen dahin gehenden Antrag angenommen, daß die Anwendung des Begriffs der höheren Gewalt im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht zu empfehlen sei. Goldschmidt's ablehnendes Verhalten beim H.G.B. erklärt sich aus seiner für die jetzt herrschende Lehre maßgebend gewordenen Theorie über den Begriff der vis major, wonach durch die Aufnahme dieses Begriffs „praktisch eine nur unerheblich strengere Haftung" erzielt werde und „dem praktischen Bedürfnisse mit der Haftung für diligentia sicherlich genügt wäre". Für den XXII. deutschen Juristentag ist wohl mehr der gleich zu Anfang gedachte Umstand, daß uns bis jetzt eine klare Formulirung der höheren Gewalt fehlt, maßgebend gewesen. Doch die Bedenken der Juristen hinsichtlich des Begriffs haben die Forderungen des modernen Verkehrs nicht zum Schweigen bringen können. Man bedurfte namentlich im neueren Verkehrsrechte einer Haftung, welche augenscheinlich über das Einstehen für Diligenz hinausging und doch nicht zu einer bedingungslosen Gefahrtragung sich steigerte [1]). So hat denn der Begriff der höheren

1) Leider kehrt man in neuester Zeit auch auf dem Gebiete der deutschen Gesetzgebung zum Theil von der Haftung bis zur höheren Gewalt zu einer solchen für Diligenz unter Umdrehung der Beweislast (in der Weise, daß culpa präsumirt wird) zurück (vergl. S. 82 und Note 122) und zwar nicht aus dem Grunde, weil der Begriff der vis major unbrauchbar sei, sondern weil man mit der römischen culpa-Haftung auszukommen glaubt. Vergl. Binnenschiffahrtsgesetz v. 1895 § 58, nach welchem der Binnenschiffer nicht mehr bis zur höheren Gewalt zu haften braucht. Dem schließt sich der Entwurf eines revidirten H.G.B. § 403 an; Begründung (Denkschrift S. 259): weil die übrigen Frachtführer jedenfalls nicht ungünstiger gestellt werden dürften, als die Binnenschiffer. — M. E. liegt in dieser Abschwächung der Haftung eine Verkennung der Tendenz unseres modernen Rechts. Je mehr die Industrie aufblüht, je größer die Betriebsunternehmungen werden, desto mehr drängt die Ent-

Gewalt, aus dem römischen Recht herrührend, theils unverändert, theils modifizirt, in den Rechten der meisten civilisirten Staaten Aufnahme gefunden. Die Haftung bis vis major findet sich vor allem für den Gastwirth, für den Frachtführer, zum Theil für den größeren Fabrikbetrieb und insbesondere für die Eisenbahn, für die letztere aus dem mehrfachen Gesichtspunkt, weil sie Frachtführerin ist, weil sie ein thatsächliches Beförderungsmonopol besitzt und daher leistungsfähig genug sein muß, gewisse auch ohne ihre Schuld eingetretene Schäden zu ersetzen, und endlich, weil der Natur der Sache nach diese Unternehmung besonders mit Betriebsgefahren verknüpft ist, und sie das Risiko für solche innerhalb des Betriebes eintretenden Unfälle übernehmen muß.

Für Deutschland kommt, wenn wir von dem rezipirten römischen Recht absehen, für das Anwendungsgebiet unseres Begriffs zunächst in Betracht: H.G.B. Art. 607, wo die strenge Verbindlichkeit des römischen nauta in unser Seerecht aufgenommen, und Art. 395, wo dieselbe auf den Landfrachtverkehr ausgedehnt ist. Ferner Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871, § 1 [2]), wonach die Eisenbahnunternehmung bis zur höheren Gewalt haftet, wenn beim Betriebe ein

---

wicklung zu einer Verschärfung der Unternehmerhaftung, niemals aber zur Abschwächung derselben.

Auch im § 118 des Entwurfs eines B.G.B., II. Lesung war unser Begriff verwendet: „Im Falle des § 116 (eine Willenserklärung ist von einer zur Uebermittlung benutzten Person oder Anstalt unrichtig übermittelt worden) ist die Schadensersatzpflicht auch dann ausgeschlossen, wenn die Unrichtigkeit der Uebermittlung ihren Grund in höherer Gewalt hat.“ Dieser Satz wurde in der Reichstagskommission gestrichen (Stenograph. Bericht, S. 38). Vergl. auch S. 4.

2) Dasselbe hatte hierin seinen Vorläufer im preuß. Gesetz v. 1838, § 25. Hier war die Schadensersatzpflicht der Eisenbahnen ausgesprochen für Unfälle, die bei der Beförderung von Personen und Gütern eingetreten waren. Haftgrenze bildet „unabwendbarer äußerer Zufall“.

Mensch getödtet oder verletzt ist, sofern nicht eigenes Verschulden des Verletzten vorliegt. — Vergl. Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs vom 28. Okt. 1871, § 11. — Auch im B.G.B. ist der Begriff rezipirt worden: § 701 statuirt von neuem die strenge Haftung des caupo[3]); nach § 203 ist die höhere Gewalt ein Hemmungsgrund der Verjährung; § 1996 bestimmt, daß, wenn höhere Gewalt den Erben gehindert hat, ein Inventar zu errichten, ihm auf Antrag vom Nachlaßgericht eine neue Inventarsfrist zu setzen ist[4]).

Für Oesterreich gilt ebenfalls H.G.B. Art. 395; bezüglich der Haftpflicht der Eisenbahnen bis zur höheren Gewalt vergl. das Ges. v. 5. März 1869.

Die Schweiz: Dem Art. 395 H.G.B. entspricht Schweizerisches Obligationenrecht, Art. 457. Die erhöhte Haftung der Gastwirthe wird ausgesprochen in Art. 436 des Schweiz. Oblig.-R. Was die Haftung der Eisenbahnen anlangt, vergl. Schweiz. Ges. v. 1. Juli 1875 Art. 2. Derselbe Gesichtspunkt strenger Haftpflicht bis vis major findet sich für den Fabrikbetrieb im Schweiz. Bundesgesetz v. 25. Juni 1885 Art. 2.

Rußland: Auch nach russischem Gesetz von 1878 trifft die Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen eine Haftpflicht bis zur höheren Gewalt für den Fall, daß Personen beschädigt oder getödtet sind.

---

3) Nur auf Gastwirthe beziehen sich die citirten Vorschriften des B.G.B. Ein dem Wunsche der Königl. bayerischen und württembergischen Regierungen entsprechender Antrag, dieselben auch auf die Stallwirthe und Ausspannwirthschaften auszudehnen in Ansehung der bei ihnen eingebrachten Thiere, der eingebrachten Fahrzeuge und ihres Inhalts, sowie der Geschirre, wurde in den Kommissionsberathungen des II. Entwurfs abgelehnt (Protokolle, S. 2402).

4) Ueber die Zweckmäßigkeit dieser letzten beiden Bestimmungen vergl. S. 90 ff.

Aus dieser keineswegs erschöpfenden Aufzählung ersieht man, wie im modernen Recht die Haftung bis vis major keine singuläre mehr ist, ja, sie wird immer mehr um sich greifen, je mehr sich der Handel entwickelt, das Transportwesen sich aufschwingt und überhaupt aus dem Kleingewerbebetrieb ein Fabrik- und Großindustriebetrieb wird.

Im englisch-französischen Recht treffen wir einen unserer höheren Gewalt verwandten Begriff. In England-Amerika ist der Frachtführer nach common law haftbar „for any event except the act of God or the Queen's enemies“ [5]). Für Frankreich vergl. Code de comm. a. 103 „le voiturier est garant de la perte des objets à transporter hors les cas de la force majeure“. Dem französischen Recht schließt sich an das internationale Uebereinkommen betr. den Eisenbahnfrachtverkehr (v. 14. Oktober 1890, publizirt im Reichsgesetzblatt v. 1892, Nr. 39) Art. 30: le chemin de fer est responsable du dommage résultant de la perte ou de l'avarie de la marchandise . . . . Il sera déchargé de cette responsabilité, s'il prouve que le dommage a eu pour cause . . . . un cas de force majeure. Vergl. auch Art. 18 . . . par force majeure ou par un cas fortuit quelconque. — Es sind jedoch die Ausdrücke „force majeure“, „act of God or the Queen's enemies“ nicht identisch mit unserer „höheren Gewalt“. Ich kann hinsichtlich dieses Punktes auf die Ausführungen Biermann's [6]) verweisen. Im französischen Recht ist die Haftung des Frachtführers eine geringere als bei uns; es wird nämlich sowohl mit force majeure wie mit cas fortuit jeder unverschuldete

5) Besondere Haftpflichtgesetze für Eisenbahnen giebt es im englisch-amerikanischen Recht nicht.

6) Biermann, „Ueber die höhere Gewalt im englischen und französischen Recht“ im Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 10 S. 29—58.

Zufall bezeichnet (Biermann, a. a. O. S. 49)[7]. Dagegen strenger als bei uns ist die Haftung des common carrier im englisch-amerikanischen Recht, da die Begriffe „act of God" (von Gott selbst verursachter Schade = unabwendbare Naturereignisse) und the Queen's enemies (Schade, verursacht durch Staatsfeinde) weit enger sind als unsere „höhere Gewalt". (Biermann, S. 30 ff.)

Kehren wir nunmehr zu dem in der deutsch-österreichisch-schweizerischen Gesetzgebung verwendeten Begriff der höheren Gewalt zurück, so ist sogleich an dieser Stelle noch zu bemerken, daß derselbe unverändert aus dem rein römischen Recht übernommen ist. Es ergiebt sich dies theils mittelbar daraus, daß der Begriff nirgends im modernen Recht näher fixirt ist, theils unmittelbar daraus, daß die Gesetze geradezu mit dem römischen Ausdruck auf das römische Recht verweisen: so H.G.B. Art. 395 und 607, wo das lateinische Wort der deutschen Bezeichnung in Klammern beigefügt ist[8]); ebenso österreich. Ges. v. 1869, § 2. Aus dem Gesagten folgt, daß jede wissenschaftliche Untersuchung über den Begriff der höheren Gewalt nothwendig auf das rein römische Recht zurückgreifen muß. Damit ist auch das Ziel für die vorliegende Arbeit gesteckt: wir werden uns auf den Versuch beschränken, den Grundgedanken des römischen Rechts über die Haftung bis vis major zu eruiren. Gelingt es, den richtigen Begriff zu

---

7) Vergl. außerdem Demolombe, Traité des contracts (1877) I p. 549: „Ces mots (force majeure, cas fortuit) sont souvent employés séparément l'un pour l'autre ou même l'un et l'autre cumulativement comme synonymes; et ils expriment en effet également l'idée d'une cause étrangère, qui ne peut être imputée au débiteur . . . on les voit presque partout confondus dans la même signification, soit dans les livres de jurisprudence, soit dans les textes de la loi."

8) Thöl, Handelsrecht, III S. 39 N. 2 stellt freilich in Abrede, daß der Zusatz vis major in Art. 395 H.G.B. eine Verweisung auf das römische Recht enthalte.

finden, so wird er einfach auf die genannten Normen des modernen Rechts zur Anwendung zu bringen sein.

II.

Der Begriff der höheren Gewalt ist nach römischem Recht zu bemessen. Es wird daher zweckmäßig sein, der ganzen Darstellung eine kurze Uebersicht des vorhandenen Quellenmaterials voraufgehen zu lassen.

Nicht überall hat der Ausdruck vis major technische Bedeutung in der Weise, daß aus dem Gesammtbereich des casus eine gewisse Gruppe von Ereignungen ausgesondert würde: so ist major vis, major casus (cui resisti non potest) oft nichts anderes als gewöhnlicher casus; er ist major im Vergleich zur diligentia boni patris familias, läßt sich durch diese nicht abwenden:

cf. l. 13 D. de pign. act. 13, 7 (Ulpianus): Venit autem in hac actione et dolus, et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis major non venit.

l. 19 Cod. de pign. 8, 13: Sicut vim majorem pignorum creditor praestare necesse non habet, ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur.

l. 28 Cod. de loc. 4, 65: In judicio tam locati quam conducti dolum et custodiam non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat [9]).

Streng zu scheiden hiervon sind die folgenden Stellen, wo von der Unterscheidung zwischen casus im Allgemeinen und vis major im Besonderen Rechtsfolgen abhängig gemacht werden.

---

9) Vielleicht ist noch hierher zu zählen: l. 2 § 1 D. de per. et commod. 18, 6 (Gajus libro secundo aureorum). Vergl. jedoch über den eigenthümlichen Diligenz-Maßstab des Gajus S. 53 ff.

l. 1 pr. D. nautae etc. 4, 9 (Ulpian.): Ait praetor: nautae, caupones, stabularii quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituent in eos judicium dabo . . . l. 3 § 1 cit.: Hoc edicto omnimodo qui receperit tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, siquid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari, idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis major contigerit.

Danach haften Schiffer und Wirthe über diligentia hinaus für casus, ihnen soll jedoch aus Billigkeitsgründen eine exceptio gewährt werden, siquid damno fatali contigit. Aus der Stelle geht noch hervor, daß die Ausdrücke damnum fatale und vis major gleichbedeutend gebraucht werden; sie sind es auch, nur ist bei vis major die Ursache, bei damnum fatale die Wirkung ins Auge gefaßt. Als Fälle höherer Gewalt werden von Labeo Schiffbruch und Piratenangriff genannt.

In derselben technischen Bedeutung wie beim receptum nautarum etc. findet sich vis major auch hinsichtlich des dominus horreorum in l. 1 Cod. loc. 4, 65: Dominus horreorum periculum vis majoris vel effracturam horreorum conductori praestare non cogitur, his cessantibus si quid extrinsecus ex depositis rebus inlaesis horreis perierit, damnum depositarum rerum sarciri debet.

Nähere Merkmale, weitere Beispiele und Anwendungsfälle geben uns diejenigen Stellen, wo vom Schuldner bis vis major gehaftet wird, für unseren Begriff nicht. Wir müssen daher zu anderen Stellen greifen, wo der Ausdruck vis major, casus major ebenfalls gebraucht wird und neben den beim receptum gefundenen Beispielen vis piratarum und naufragium noch andere aufgezählt werden. In den anzuführenden

Fragmenten ist von der Haftung des Commodatars die Rede. Obwohl wir entsprechend der herrschenden Lehre annehmen, daß der Commodatar nur für diligentia aufzukommen hat[10]), so werden wir doch den technischen, beim receptum verwendeten vis major-Begriff hier vorfinden. Denn wie wir später sehen werden, schwankten die römischen Juristen (insbesondere Gajus), ob sie nicht dem Commodatar — si commodatum solam utilitatem continet ejus, cui commodatur — die verschärfte Haftung bis vis major auferlegen sollten.

l. 1 § 4 D. de obl. et act. 44, 7 (Gajus): ... is vero qui utendum accepit, si majore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio, ruina, naufragio, rem, quam accepit, amiserit, securus est. Alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit. Sed et in majoribus casibus, si culpa ejus interveniat, tenetur veluti si quasi amicos ad coenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum acceperit peregre proficiscens secum portare voluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursu amiserit.

l. 18 pr. D. commodati 13, 6 (Gajus): In rebus commodatis talis diligentia praestanda, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa ejus accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui custodiri non solent. Quod autem de latronis et piratis et naufragio

10) Anders Bruckner, „Die custodia nebst ihrer Beziehung zur vis major“, München 1889, und Baron im Archiv f. die civ. Praxis Bd. 78 Nr. 7: „Die Haftung bis zur höheren Gewalt“.

diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat: alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cenam invitaturum se diceret et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet. Haec ita si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res.

§ 2. J. quib. mod. re contrah. 3, 14: ... Sed propter majorem vim majoresve casus non tenetur, si modo non hujus culpa is casus intervenerit, alioquin si quod tibi commodatum est, peregre ferre tecum malueris et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris, dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis.

Nach diesen Stellen fällt unter den Begriff der vis major jener casus, welcher für Menschenkräfte unüberwindlich ist. Aus demselben Gesichtspunkt heraus werden insbesondere auch Naturereignisse als vis major bezeichnet, cf. l. 30 D. de pign. actione 13, 7; l. 59 D. loc. 19, 2 (loc. cond. operis) braucht aus diesem Gesichtspunkt den Ausdruck vis naturalis — Bei der Pacht finden wir ebenfalls den Begriff der vis major wieder: es sind damit hier gemeint außerordentliche Naturereignisse, welche mit unüberwindlicher Kraft (daher vis divina genannt) hereinbrechen und ihrer Natur nach außergewöhnlich sind [11]). Gewöhnliche Naturereignisse, Witterungseinflüsse muß der Pachter auf sich nehmen, ohne auf remissio mercedis Anspruch zu haben, die müssen schon bei Bemessung des Pachtzinses zur Anrechnung gebracht werden:

Vergl. l. 15 § 2 D. loc. 19, 2: Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid prae-

---

11) Das „Außergewöhnliche" ist eine häufige, keine nothwendige Eigenschaft der höheren Gewalt. Darauf wird später zurückzukommen sein. Vergl. Baron, a. a. O. S. 289.

stare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. Sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. Idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse; oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit.

l. 25 § 6 D. loc. 19, 2: vis major, quam Graeci *θεοῦ βίαν* appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus quam tolerabile est, laesi fuerint fructus.

l. 24 § 4 D. de damn. inf. 39, 2: ... violentia ventorum vel qua alia ratio, quae vim habet divinam.

Fassen wir das Ergebniß der Quellenzeugnisse zusammen, so sagen die angeführten Stellen aus, daß das römische Recht in besonderen Fällen ausnahmsweise auch für Zufälle haften lasse. Befreit wird der Schuldner aber durch den Eintritt gewisser typischer Ereignisse, wie naufragium, vis piratarum, latronum hostiumve incursus etc., mit der Begründung, daß solchen Ereignungen gegenüber Menschenkräfte machtlos seien. Diese Ereignisse werden unter dem Ausdruck „vis major“ zusammengefaßt. Weiter geben die Quellen uns nichts. Ein allgemeines Prinzip, ein klar formulirter Begriff der vis major, wie die Grenze der Haftung zu statuiren sei, wird uns

nicht geboten. Das Corpus juris überliefert uns also, wie Exner[12]) bemerkt, nur einen Rechtsgedanken, keinen Rechtsbegriff. Einen abstrakten Begriff der vis major aufzustellen, hat man damals wie in der modernen Gesetzgebung wohl vermieden. In dieser Hinsicht ist die citirte l. 25 § 6 D. 19, 2 interessant: Wie wir im H.G.B., so bedienen sich dort auch die Römer eines Fremdwortes (θεοῦ βία), weil sie in eigener Sprache einen festgeschlossenen Begriff nicht haben. Vergl. Exner, a. a. O. S. 502 Note 3.

III.

Entsprechend dem durch die moderne Gesetzgebung erweiterten Anwendungsgebiet unseres Begriffs ist die Literatur über vis major außerordentlich angewachsen. Die beiden großen Gruppen der objektiven und subjektiven Theorien sind bekannt; zu beiden gab die Glosse die Anregung, beide kommen so, wie sie jetzt aufgestellt sind, zu einem befriedigenden Resultate nicht. Bis in die Mitte unseres Jahrhunderts folgte Judikatur und Wissenschaft vorzugsweise der objektiven Theorie[13]). Seitdem kam dann die subjektive Theorie, welcher sich auch die Glosse angeschlossen hatte, die aber später mehr zurücktrat, wieder zu Ansehen. Bahnbrechend wirkten in dieser Hinsicht zwei Abhandlungen Goldschmidt's in seiner Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. 3 (S. 58 ff., 331 ff.) und Bd. 16 (S. 324 ff.). Ihm hat sich die jetzt herrschende Ansicht angeschlossen (Dernburg, Thöl, Hahn, Eger, Randa — auch Windscheid), vielfach mit selbständigen Formulirungen und Nuancen im Einzelnen. Eine eingehende

---

12) Exner, „Ueber den Begriff der höheren Gewalt" in Grünhut's Zeitschrift, Bd. 10 Nr. 10 S. 510 ff.

13) Vergl. Exner, a. a. O. S. 507 fg. Ueber die ältere Literatur ist auch zu vergleichen: Gerth, Der Begriff der vis major, Berlin 1890, S. 17—24.

Kritik und Widerlegung der subjektiven Theorien ist zuerst von Exner gegeben worden[14].

Exner selbst ist in der citirten Abhandlung wiederum als hervorragender Verfechter des objektiven Standpunkts aufgetreten. Es dürfte sich verlohnen, die Resultate, zu welchen er gelangt, einer etwas genaueren Kritik zu unterwerfen. Exner faßt am Schlusse seiner Arbeit das Ergebniß seiner Untersuchungen in folgende Thesen zusammen:

„Höhere Gewalt im Sinne der hier in Betracht kommenden Rechtsnormen ist ein Ereigniß, welches

1) außerhalb des Betriebskreises entsprungen, durch Hereinwirken in diesen Betriebskreis einen Schaden an Leib und Gut verursacht und welches

2) vermöge der Art und Wucht seines Auftretens die im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigenden Zufälle augenscheinlich übersteigt."

Ohne das Verdienst Exner's schmälern zu wollen, das er sich durch diese Abhandlung um die Fortbildung unseres Begriffs erworben — ich habe damit besonders seine geistreiche Widerlegung der herrschenden subjektiven Lehre im Auge, deren Schwächen und Unzulänglichkeit zuerst und für immer vollständig aufgedeckt zu haben, der Arbeit Exner's schon allein einen dauernden Werth sichert — können wir uns mit seinen positiven Resultaten nicht einverstanden erklären. Der von ihm aufgestellte Begriff der vis major entspricht weder den Grundgedanken der Quellen, noch dem praktischen Bedürfniß des Lebens.

---

14) Vergl. Exner, a. a. O. S. 513—527. Daneben auch Baron, a. a. O. S. 298 fg.; Gerth, S. 105—118. Referate giebt noch: Stucki, „Ueber den Begriff der höheren Gewalt" (Berner Dissertation 1888), S. 19—29.

Was zunächst das Verhältniß seiner Theorie zu den Quellen anlangt, so ist zu sagen, daß jener markante Unterschied zwischen Zufällen, welche innerhalb des Betriebskreises entsprungen sind, und solchen von außen her in den Quellen eine Stütze überall nicht findet. Nirgends ist dies Erforderniß für die vis major von den römischen Juristen ausdrücklich aufgestellt und die gewöhnlichen in den Quellen so oft wiederholten vis major-Beispiele widersprechen dem. Vergleichen wir nur l. 1 § 4 D. 44, 7: major casus, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendium ruina naufragium. Die Stelle giebt freilich ein Beispiel eines Schadens, welcher meist von außen in den Betrieb hineinwirkt, wenn es sich als vis major charakterisirt, nämlich das incendium. Insofern spricht Alfenus in l. 30 § 4 D. locati von incendium als einer extraria vis[15]), so daß also Blitzschlag, Feuerbrände, durch Feindesgewalt hineingeschleudert, Ueberspringen einer Feuersbrunst von einem Hause zum anderen vis major bildeten, ein Brand, entstanden durch Glimmen des Herdfeuers, durch Unvorsichtigkeit des Personals, nicht dahin zu rechnen wäre[16]). Die übrigen beiden Beispiele naufragium, ruina tragen jedenfalls das Merkmal äußerer Provenienz nicht an sich. Der Einsturz eines Gebäudes infolge Erdbebens ist freilich sicherlich vis major, aber warum soll er nicht auch vis major sein, wenn er hervorgerufen ist durch die baufällige Natur des Hauses

15) Vergl. Bruckner, a. a. O. S. 280.

16) Aber selbst hier hat dies nicht den von Exner aufgestellten und für obige Unterscheidung maßgebend gewesenen Grund, daß das außerhalb des Betriebskreises entstandene Feuer im Gegensatz zu einem solchen von innen heraus gewöhnlich ohne Schuld des Rezipienten eintritt, sondern den Grund, daß nur das erstere in der Regel unüberwindlich ist, das Kriterium der Unüberwindlichkeit aber für den Augenblick des Auftretens dem innerhalb des Hauses entstandenen Brande meist immer fehlt.

(man setze noch voraus, daß die Strebebalken innerlich gänzlich verfault waren, aber kein Mensch von außen her vor dem Zusammenbruch diese innerliche Morschheit bemerken konnte)? Warum soll naufragium stets durch einen Orkan hervorgerufen sein, warum kann es nicht auch geschehen sein durch einen geheimen Fehler des Schiffes, wenn der Schade auf offener See zu wirken beginnt und das Schiff auf diese Weise rettungslos untergeht. Menschliche Ohnmacht ist auch hier klar vorhanden, und auf dieses Moment legen die Quellen das Hauptgewicht.

Nicht quellengemäß ist aber auch jene andere Unterscheidung welche Exner macht, ob nämlich die Unfälle im gewöhnlichen Laufe des Lebens zu gewärtigen sind oder nicht. Daß der Unfall außerordentlicher Natur und im täglichen Leben nicht zu erwarten sei, ist zum Begriff der höheren Gewalt weder erforderlich, noch genügend; denn das Außerordentliche, Außergewöhnliche fällt mit dem in den Quellen aufgestellten Kriterium des Uebermenschlichen, cui resisti non potest, keineswegs zusammen. Exner müßte einen raffinirt ausgeführten Einbruchsdiebstahl — es sollen unterirdische Gänge gebaut, das ganze Verbrechen überhaupt lange vorbereitet sein, und zwar in einer Gegend, wo sonst nie eingebrochen wird — als vis major bezeichnen und den Wirth von der Haftung befreien, während die Quellen ausdrücklich immer für furtum haften lassen. Meist wird Exner auf Grund dieser Unterscheidung zu milde sein, manchmal aber auch zu streng, da im Gegensatz zu seiner Unterscheidung auch gewöhnliche Unfälle wegen ihrer Unüberwindlichkeit sehr wohl unter den Begriff der höheren Gewalt fallen können. Latrocinium, vis piratarum, räuberische Ueberfälle zu Lande und zur See sind Ereignisse, welche in letzter Zeit in Griechenland und der Türkei auf der Tagesordnung stehen. Daß es im alten Rom mit

der öffentlichen Sicherheit schwerlich besser bestellt war, daß es stets im römischen Reich eine große Anzahl Räuber, ja Banden gab, darüber vergl. Friedländer, Sittengeschichte Roms (V. Aufl.), II, S. 39—48. Trotzdem bleiben solche Ueberfälle ihrer Unüberwindlichkeit wegen stets vis major. Auch dann liegt vis major vor, wenn in einer Gegend, wie es in den Kolonien vorkommen soll, ständig gefährliche Fieberepidemien herrschen und sämmtliche Lastträger des durch diese Gegenden ziehenden Frachtführers erkranken, so daß die Waare verspätet und gänzlich verdorben am Bestimmungsort anlangt. — Ob der Frachtführer im Einzelfall nicht außerdem und selbständig wegen Außerachtlassung der nöthigen Vorsicht, oder schon deshalb, weil er durch solche gefährliche Gegenden den Waarentransport geleitet hat, während er sichere Wege hätte einschlagen können, für culpa oder gar wegen Kollusion mit den Räubern für dolus zu haften hat, ist eine Frage für sich[17]), welche unseren Begriff nicht alterirt.

Uebrigens sind die Beispiele selbst, welche Exner für diese letzte Unterscheidung a. a. O. S. 572, 573 giebt, keineswegs einwandsfrei: etwas Außergewöhnliches soll es sein, wenn der Blitz einschlägt, wenn der Seesturm das Schiff in den Grund bohrt; dagegen ist, „im gewöhnlichen Laufe des Lebens zu gewärtigen" das Eingreifen eines Wahnsinnigen in die Weichenstellung, Eingriffe von Verbrechern, muthwillige und sinnlose Beschädigungen durch Kinder, Thiere, Trunkene 2c. Auch wir werden Schäden dieser letzten Art nicht als vis major bezeichnen, aber aus einem anderen Grunde[18]).

Der von Exner aufgestellte Begriff der vis major widerspricht also den Quellen und fällt damit de lege lata hin;

---

17) Vergl. Abschnitt VIII.

18) Vergl. S. 78 f. und Note 117.

aber er entspricht auch nicht einmal dem Verkehrsbedürfnisse, ist auch de lege ferenda nicht zu empfehlen. Die Exner'sche Theorie involvirt offenbare Ungerechtigkeiten gegenüber den haftpflichtigen Betriebsunternehmern. Gegen diesen Punkt hat man sich in der Literatur eigentlich ausschließlich gewandt und die Exner'sche Theorie allein schon mit der Motivirung, sie sei unbillig, auch de lege lata ablehnen zu dürfen geglaubt. Auch in dieser Beziehung hat Exner es seinen Gegnern leicht gemacht, indem er die seitdem ihm entgegengehaltenen eklatanten Beispiele selbst brachte. Bekannt ist das Beispiel von dem durch eine Thomasuhr verursachten Untergang einer Schiffsladung: ein Unfall, welcher, weil von innen heraus, nicht von außen in den Betrieb hinein wirkend, nach Exner einen Fall höherer Gewalt nie bilden könnte [19]). In der That wird es keinem billig denkenden Menschen und namentlich keinem Laien einleuchten, daß es zwar vis major sein soll, wenn der Blitz den Lokomotivführer erschlägt, nicht aber, wenn ihn ohne irgend ein Vorzeichen mitten in seiner Thätigkeit der Schlag trifft und infolgedessen die steuerlose Maschine in den Abgrund stürzt [19a]). Daß seine Begriffsfassung Unbilligkeiten im Gefolge haben würde, dem hat eben Exner selbst sich keineswegs verschlossen, doch glaubte er sie durch den Vortheil eines geeigneten Maßstabes, welchen sein Begriff dem Richter zur Beurtheilung der hier in Frage kommenden Rechtsfälle bieten würde, reichlich aufgewogen. Allein daß der Unterschied, ob ein Unfall innerhalb oder außerhalb des Betriebes entstanden, ob er im gewöhnlichen Laufe des Lebens zu gewärtigen sei oder nicht, keineswegs „prima facie evident" ist, daß vielmehr im konkreten Falle die gedachten Unterscheidungen äußerst schwierig werden können, dar-

19) Exner, a. a. O. S. 558.

19a) Exner, a. a. O. S. 560.

über vergl. Gerth, a. a. O. S. 137 ff., Gelpcke, Gutachten des XXII. deutschen Juristentags, Bd. I S. 362.

Die Unrichtigkeit der Exner'schen Theorie hat einen tieferen Grund, sie kommt von der ratio, die nach Exner die Einführung des receptum und später der exceptio vis majoris veranlaßt haben soll. Nicht auf Quellenzeugnisse, nicht auf die Forderungen der Billigkeit gestützt, sondern einzig und allein aus der selbstgeschaffenen ratio heraus hat Exner seinen Begriff der höheren Gewalt mit hervorragendem Scharfsinn entwickelt und durch seine glänzende Darstellung sich viele Anhänger gewonnen. Und so genau ist sein System auf dieser ratio aufgebaut, daß, wenn man nur etwas an seinen Voraussetzungen rüttelt, die gesammten Ergebnisse mit Ausnahme jener trefflichen Bemerkungen gegen die subjektive Lehre dahinfallen. Auf diesen Punkt wird noch näher[20]) einzugehen sein.

Neben den genannten subjektiven und objektiven Theorien ist hier eine dritte Gruppe zu erwähnen, die ich kurz als die custodia-Theorien zusammenfassen will. Hervorzuheben ist vor allem Baron, welcher in zwei Aufsätzen[20a]) auf Grund des custodia-Begriffs für Mobilien die Haftung bis vis major, abgesehen vom receptum nautarum etc., auch auf die loc. cond. operis und operarum, auf den Commodatar, den Pfandgläubiger, den conductor rei, den negotiorum gestor, den sich erbietenden Depositar, den Schuldner unter aestimatio rei ausgedehnt wissen will. Nach Baron ist also die Haftung bis vis major keine singuläre, welche kraft Gesetzes nur beim receptum nautarum eintritt, sonst aber erst auf Grund spezieller Parteiabmachung übernommen werden muß. Sie liegt vielmehr stets vor, wenn es vom Schuldner in den Quellen heißt, „custodiam praestare debet". Diese Pflicht zur tech-

20) Im Abschnitt VII.

20a) Baron, Arch. für die civ. Praxis, Bd. 52 Nr. 2, Bd. 78 Nr. 7.

nischen („subjektiven") custodia schließt das Aufkommen für niederen casus und fremde Schuld, soweit diese keine Gewalt ist — custodia adversus vim parum proficit l. 31 pr. D. 19, 1 — in sich. Alle anderen Unfälle, welche darüber hinausliegen — es sind jene, welche von einem diligentissimus pater familias trotz angewendeter exacta, exactissima diligentia nicht vermieden werden können — fallen unter den Begriff der vis major. Als Prinzip der Haftung für custodia und bis zur höheren Gewalt stellt Baron folgende beiden Sätze auf:

1) „Wer von einem Geschäfte Vortheil hat und kraft dieses Geschäfts eine fremde bewegliche Sache in seine Hände bekommt, prästirt bezüglich ihrer die technische custodia", Baron, a. a. O. Bd. 78 S. 277.

2) „Ebenfalls wer sich zu einem Geschäft aufdrängt, haftet für technische custodia", a. a. O. S. 278/79.

Auch Pernice[21]) sucht die Haftung bis vis major aus dem custodia-Begriff zu erklären. Sein Erklärungsversuch ist ein historischer. Die Römer hätten ursprünglich eine von der diligentia verschiedene und die Haftung für Sachbeschädigung und Diebstahl umfassende custodia gekannt. Zur Hadrianischen Zeit sei diese Haftung gemildert und die custodia von der diligentia boni patris fam. aufgesogen worden. Nur beim receptum habe sich die alte custodia erhalten.

Als Dritten nenne ich Bruckner mit seiner citirten Schrift. Nach ihm übernehmen alle, welche eine fremde Sache mit dem Willen des Eigenthümers detiniren und zwar auf Grund eines Vertragsverhältnisses, aus welchem für culpa levis eingestanden wird (Commodat, pignus, loc. cond., Mandat) eine Garantie-custodia. Diese Garantie-custodia schließt

21) Pernice, Labeo, II S. 339—360.

die unbedingte Haftung für Detentions-Verlust und die Haftung für Beschädigungen, soweit nicht vis major vorliegt, in sich. Vis major befreit, soweit den Schuldner nicht culpa in faciendo in Veranlassung der höheren Gewalt trifft [22]).

Wie schon in diesen Hauptthesen, so bestehen namentlich im Einzelnen unter den genannten Schriftstellern wieder große Meinungsverschiedenheiten [23]), und wenn man sich, wie Gerth, a. a. O. S. 40, 41 annimmt, „nothwendigerweise zwecks Bestimmung des zweifelhaften Begriffs der vis major mit diesem anderen, mindestens ebenso zweifelhaften Begriff abzufinden" hätte, so „gehörte das mit zu den Umständen, die es so sehr bedenklich machen, mit der höheren Gewalt als einem Begriff umzugehen". Allein es ist eben sehr zu bezweifeln, ob sich im römischen Recht gerade aus der custodia der Begriff der höheren Gewalt entwickelt hat; es ist noch mehr zu bezweifeln, ob die römischen Juristen sich der custodia als Denkform bedient haben, um aus ihr das Haftungsprinzip bei den meisten Obligationen juristisch zu erklären bezw. auf Grund dieser Denkform eine allgemeine Verschärfung der Haftung einzuführen; es ist endlich zweifellos, daß zu der Ausdehnung der vis major auf moderne Rechtsgebiete (H.G.B.,

---

22) Seit dem Erscheinen der Abhandlung Baron's im 52. Bde. des Arch. f. d. civ. Praxis und der ausführlichen Behandlung der custodia bei Brinz, Pandekten (2. Aufl.), II §§ 268—270, hat der custodia-Begriff in der Literatur eingehende Berücksichtigung gefunden. Insbesondere versäumt es seitdem keine Arbeit über vis major, sich mit der custodia auseinanderzusetzen. — Auf Baron'schem Standpunkt steht die Dissertation von Stucki (Bern 1888). Die Anschauungen von Pernice vertritt Biermann: „Custodia und vis major" (Zeitschr. der Savigny-Stiftung [Rom. Abtheilung], XII S. 33 fg.). — Zu erwähnen noch: v. Hollander, „Vis major als Schranke der Haftung", S. 12—55, und neuerdings Schneider, Goldschmidt's Zeitschr., Bd. 44, insbes. S. 110—126.

23) Vergl. namentlich die etwas erregte Polemik Baron's in seiner neueren Abhandlung (a. a. O. Bd. 78).

Haftpflichtgesetz, B.G.B.) ganz andere juristische Vorstellungen den Gesetzgeber getrieben und auf ihn eingewirkt haben als jener der custodia. Bei näherer Betrachtung der Systeme, welche auf dem custodia-Begriff aufgebaut sind, kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, als wenn, wie schon von anderer Seite gesagt, „durch Abstraktionen und schematische Behandlung hier vieles verdunkelt worden ist" [24]) und daß man überhaupt den ganzen Begriff über Gebühr aufgebauscht hat. Resultate dieser Theorien, wie z. B., daß der Mandatar (so Bruckner, dagegen Baron), der negotiorum gestor (so Baron, obwohl er a. a. O. S. 279 selbst zugiebt, daß ihm ein direktes Quellenzeugniß mangelt), der conductor rei (so Baron und Bruckner) bis vis major haften, sind derart, daß sie wohl schwerlich je die Anerkennung der herrschenden Lehre erringen werden, sie wären auch de lege ferenda nicht zu empfehlen. Im Uebrigen ist auf die Ausführungen Stintzing's [25]) gegen die custodia-Theorien zu verweisen.

Es wird später bei der Untersuchung des Inhaltes der einzelnen Obligationen auf die custodia noch einmal zurückzukommen sein.

Nachdem die Schwächen der herrschenden subjektiven Lehre durch Exner aufgedeckt waren, nachdem man wenigstens das Unpraktische der von Exner selbst aufgestellten Theorie erkannt hatte und endlich auch die custodia-Theorien wenig überzeugend wirken konnten, findet man neuerdings das Gefühl der Resignation; man will überhaupt nichts mehr wissen von dem Begriff der höheren Gewalt. Diese Stimmung beherrschte die schon vorher erwähnten Verhandlungen des XXII

---

24) Dernburg, Pandekten, II § 37 Note 6 (4. Aufl.).

25) Wolfgang Stintzing, „Ueber Vis major im Zusammenhang mit periculum und Haftung", Archiv f. d. civ. Praxis, Bd. 81 Nr. 11, insbesondere S. 431—438.

deutschen Juristentags und die dazu abgegebenen Gutachten[26]). Diese Stimmung tritt aber besonders hervor in der schon früher citirten Schrift von Gerth. Gerth kommt in seiner anmuthend und in gefälliger Darstellung geschriebenen Abhandlung endlich zu dem Resultate[27]), daß der Begriff der vis major gänzlich in sich selbst untauglich sei. Vis major, bemüht er sich nachzuweisen, wäre überhaupt nichts weiter als einfacher casus. Vis major bezeichne im Allgemeinen im Verhältniß zur menschlichen Schwäche stärkere Naturkräfte[28]), bei den einzelnen Kontrakten wie Commodat, loc. conductio, eine im Verhältniß zur Diligenz des bonus pat. fam. stärkere Gewalt[29]). Beim receptum werde vom Wirth unbedingt für die durch Passagiere und Personal begangenen Diebstähle und Beschädigungen eingestanden[30]); jeder andere unverschuldete Unfall, auch der von einem Dritten begangene Diebstahl bilde eine vis major. So sei vis major auch hier nichts weiter als Zufall[31]). Gerth gelangt zu diesen anfechtbaren Thesen auf Grund der herrschenden subjektiven Lehre. Er steht auf Goldschmidt'schem Boden, und obgleich er (wohl auf Grund der Exner'schen Abhandlung) die Schwächen dieser Lehre nicht verkennt, kann er sich von ihren Anschauungen nicht losmachen. Was daher im weiteren Verlaufe gegen die subjektive Theorie überhaupt gesagt wird, gilt insbesondere auch gegen ihn.

Der neueste Schriftsteller über unsere Frage ist Schnei-

26) Im selben Sinne hatte sich schon vorher Bähr in der Krit. Vierteljahresschr., XXVIII S. 405 fg. geäußert.

27) Gerth, a. a. O. S. 153—158.

28) S. 25—30 a. a. O.

29) S. 30—74.

30) S. 75—104.

31) S. 103.

der[32]). Sehen wir von seinen nicht überall einwandsfreien historischen Untersuchungen über die Entwickelung des römischen Haftungsprinzips ab und gehen sogleich auf seine Begriffsbestimmung der vis major ein. Schneider scheidet das schädigende Ereigniß in abstracto von den durch dasselbe verursachten Folgen, von den Unfällen (vis major in concreto). „Es kann ein Ereigniß als solches sich als vis major darstellen, z. B. incendium, naufragium, ohne daß damit die Frage entschieden ist, ob denn auch die schädigenden Folgen dieses Ereignisses, welche der Haftpflichtige zu vertreten hat, vis major seien. Es bedarf vielmehr immer noch des Beweises, daß auch diese Schadensfolgen per vim majorem eintraten und sonach damna fatalia, casus majores sind" (a. a. O. S. 97). Nach Schneider muß also der auf Restitution verklagte Unternehmer, welcher die exceptio vis majoris geltend machen will, einmal die objektive vis major-Natur des schädigenden Ereignisses selber darthun, dann aber auch, daß in concreto von seiner Seite alle irgend denkbare Sorgfalt aufgewendet sei, um den Schaden von dem rezipirten Gute abzuwenden. Dahin gehöre z. B., daß beim Schiffbruch alle nöthigen Rettungsmaßregeln getroffen seien, daß der Unternehmer nicht, wie es in l. 5 § 4 D. commodati 13, 6 der Commodatar thut, statt auf die Rettung der anvertrauten Sachen Bedacht zu nehmen, es vorzieht, seine eigenen zu retten (Schneider, Note 56). Auch in concreto müsse ein resistere usque ad fines humanae infirmitatis stattfinden.

Die Schneider'sche Trennung von dem Ereigniß an sich (welches unüberwindlich) und dem das Gut treffenden, aus diesem Ereigniß resultirenden Unfall (gegen welchen ein resistere in concreto gänzlich unmöglich sein soll) ist neu,

32) Schneider, „Vis major und Haftungsprinzip" im 44. Bd. von Goldschmidt's Zeitschr. Nr. 3 u. 4, S. 75 ff., 345 ff.

glücklich ist sie nicht. Schneider bekämpft energisch die objektiven Theorien, „nach welchen es, abgesehen von der Frage, ob auf Seiten des Rezipienten culpa vorliege, stets und allein auf den Charakter des veranlassenden (?) Ereignisses bei der Beantwortung der Frage nach der vis major ankommen soll". M. E. sind, wie nachher im Anschluß an die Theorie von der Unmöglichkeit der Leistung dargethan werden soll, jene objektiven Theorien ganz im Recht. In den Ausnahmefällen der Haftung bis zur höheren Gewalt im römischen Recht tritt eben richtiger Ansicht nach Befreiung des Schuldners ein, wenn ein vis major-Ereigniß die Leistung unmöglich macht und den Schuldner keine culpa (kein dolus) trifft. Die culpa kann sich aber doppelt äußern: einmal darf Schuldner dem unüberwindlichen Ereigniß nicht kulpos die schädigende Richtung auf seine Verpflichtung, sein Kontraktsverhältniß gegeben haben, und andererseits muß Schuldner es in concreto nicht unterlassen haben, die normale Diligenz bei Abwendung der schädigenden Folgen zu zeigen[33]). Auch Schneider kommt wider seinen Willen zu diesem Resultat. Seine ganze vis major in concreto mit dem resistere usque ad fines humanae infirmitatis ist nichts weiter als Haftung für culpa. In den angeführten Beispielen ist der Unternehmer offenbar in culpa, wenn die Rettungsvorrichtungen nicht in Ordnung sind, wenn „die Sache nicht rechtzeitig aus dem Gefahrbereiche des Ereignisses gebracht wird" (a. a. O. S. 358 und Note 67), er ist sicher in culpa, wenn er anvertraute fremde Gegenstände weniger sorgfältig behandelt als eigene[34]). Culpa ist es auch,

33) Bruckner, a. a. O. S. 254 fg. (§ 32), S. 263—266 will beide Fälle der culpa nur beim gewöhnlichen Unfall gelten lassen, bei den vis major-Ereignissen fiele die letztere culpa fort; vergl. unten S. 95 Note 142.

34) Streit besteht nur, ob in einer solchen Handlungsweise culpa levis liegen kann oder ob stets culpa lata (dolus) anzunehmen sei; den

wenn die Betriebsmittel fehlerhaft, die Einrichtungen unvollkommen sind (S. 351)[35].

Bedürfte es noch eines Beweises für die von Exner gegen die subjektive Lehre geltend gemachten Bedenken, daß eine außerordentliche, über die diligentia boni patr. fam. hinausgehende Sorgfalt, wenn an sich denkbar, doch schließlich nicht verlangt werden kann, und daß man in praxi doch immer zur einfachen culpa-Haftung zurückkommt, so böte die Schneider'sche Theorie diesen Beweis. Denn Schneider verlangt eben — abgesehen davon, daß das schädigende Ereigniß eine objektive vis major-Natur haben muß — durchaus jenen außergewöhnlichen Fleiß bei Abwendung des Unfalls. Schneider schließt sich also nicht einer der beiden (subjektiven oder objektiven) Hauptanschauungen an, sondern reiht beide neben einander und häuft die von beiden getrennt aufgestellten Erfordernisse zusammen. Einfacher wird die Sache dadurch nicht: dann würde der Begriff wahrhaft untauglich.

---

letzten Satz stellt Celsus in der l. 32 D. depositi 16, 3 auf. Nach Regelsberger, Pand., I § 179 Note 11 liegt darin nur eine Einzelentscheidung, wo von einem überhaupt wenig sorgfältigen Menschen die Rede ist, der dann noch diesen Verstoß begeht; ähnlich Dernburg, Pand., I § 86 Note 12, welcher von einer Einzelansicht des Celsus spricht. Dagegen verfechten die generelle Geltung des Celsusfragments: Windscheid, Pand., I § 101 (dort ältere Literatur Note 10a), und Brinz, Pand., II § 267. Daß jedenfalls Verschulden in dem obigen Falle stets vorliegt, geht auch aus der citirten l. 5 § 4 D. commodati klar hervor — ich begreife nicht, wie Schneider diese Stelle wiederholt zum Beweise für seine These anführen kann! Für vis major-Unfälle brauche man nicht aufzukommen, nisi aliqua culpa interveniat, heißt es daselbst; demnach (proinde) auch nicht für Schaden aus Feuersbrunst und Aehnlichem, wenn man nicht eigene Sachen bei der Rettung vorzöge.

35) Wenn Schneider die bestmöglichsten Einrichtungen fordert, so gilt auch für ihn, was Exner (S. 524, 525) gegen Dernburg bemerkt und Hölder (Krit. Vierteljahresschr., Bd. 26 S. 536 f.) gegen denselben wiederholt hat.

Es würde, wenn man Ernst mit der Schneider'schen Theorie macht, kaum jemals im römischen Recht die exceptio vis majoris angestellt worden sein. Diese enorme, der gänzlichen Gefahrtragung überaus nahe kommende Haftung bis vis major sei denn auch, bemerkt Schneider, nur eine vertragsmäßige im römischen Recht stets gewesen. Auch nicht jeder Aufnahme-Vertrag, sondern nur der mit den Worten res salvas fore abgeschlossene (— das geschah vielleicht wohl gar ziemlich selten? —) habe diese strenge Haftung zur Folge gehabt, im modernen Recht sei dieselbe zur gesetzlichen erhoben worden, das sei daher durchaus unpraktisch und hart (!). Es würde vielmehr eine energische Handhabung des Grundsatzes: „in dubio contra recipientem" und culpa-Präsumption dem Verkehrsbedürfnisse genügen [36]).

IV.

Wenn wir nun selbst daran gehen, den Begriff der höheren Gewalt näher zu fixiren, so bieten sich uns mehrere Wege dar. Einmal könnten wir versuchen, aus den angegebenen Quellenzeugnissen den Begriff direkt zu eruiren. Allein dieser Weg ist unsicher. Die Römer, in ihrer praktischen, konkreten Anschauungsweise überhaupt abstrakten Definitionen abhold, hatten, wie wir sahen, jedenfalls bezüglich der vis major nur einem Rechtsgedanken Ausdruck gegeben. Ueberall findet sich förmlich ein Tasten nach demselben Grundgedanken, die Worte „si quid simile acciderit" (l. 15 § 2 D. loc. 19, 2, „aut quid simile accidit", l. 5 § 4 D. commod. 13, 6), „vel qua alia ratio, quae vim habet divinam" (l. 24 § 4 D. 39, 2), wie man sie nach der Aufzählung von vis major-Ereignissen in den Quellen findet, heben zur Genüge klar hervor, daß die Fälle höherer

36) Vergl. hierüber unten S. 82.

Gewalt mit diesen wenigen Beispielen nicht abgeschlossen sind. Der zweite Weg wäre, rein aus der ratio heraus, aus den Motiven, welche den Gesetzgeber dazu getrieben, diese erhöhte Haftung einzuführen, den Begriff zu bestimmen. Doch dies alles ist im Einzelnen häufig unbestimmt, die ratio kann sich ändern. Dazu kommt, da jede positive Rechtsnorm etwas Zufälliges an sich trägt, daß solchen Theorien, welche sich allein auf den legislativen Grund stützen, wie die Exner'sche, so leicht der Einwand gemacht werden kann und wird: Warum ist denn in einem ähnlichen Falle, bei irgend einem verwandten Kontrakt, wo die angegebene ratio noch intensiver dazu drängen würde, nicht dieselbe verschärfte Haftung eingeführt [37])? Wenn wir daher auch nicht verschmähen werden, die legislativen Momente, welche vielleicht zur Schaffung des vis major-Begriffs geführt haben möchten, zu benutzen, so werden wir in erster Linie doch auf einen dritten Weg verwiesen: wir werden das positive Recht zu Grunde legen und alsdann versuchen, aus einem einheitlichen Gesichtspunkt über den Inhalt der Obligationen überhaupt die normale Haftgrenze und im Gegensatz dazu die weiter hinausgeschobene Haftgrenze bis vis major festzustellen.

Den Ausgangspunkt der folgenden Darstellung soll die römische Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung bilden. Denn von dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeitslehre ist das Freiwerden des Schuldners durch casus zu erklären, dieselbe Billigkeitserwägung führt aber auch zur Befreiung des Schuldners durch den major casus (vis major) in den

---

37) Vergl. Stintzing, a. a. O. S. 431. „Und wenn Exner das receptum theilweise daraus erklären will, daß der Versender von Waaren deren Behandlung auf dem Transporte nicht kontroliren könne, so müßte gewiß dasselbe gegenüber dem Pfandleiher gelten."

Fällen der verschärften Haftung bis zur höheren Gewalt. Es wird daher nöthig sein, etwas ausführlicher auf die Unmöglichkeitslehre einzugehen, zumal wir schon hier zu einem anderen Resultate gelangen werden als die herrschende Ansicht.

Das herrschende System unterscheidet zwischen anfänglicher und nachfolgender Unmöglichkeit. Bei der anfänglichen Unmöglichkeit kommt es darauf an, ob sie subjektiv oder objektiv ist. Bei der objektiven anfänglichen Unmöglichkeit entsteht überhaupt keine Obligation; also liegt auch keine Prästationspflicht vor. Immer ist dagegen Prästationspflicht vorhanden bei der subjektiven anfänglichen Unmöglichkeit. — Bei der nachfolgenden Unmöglichkeit werden die subjektive und objektive nicht getrennt, vielmehr wird geschieden nach einem anderen Gesichtspunkt, nämlich ob die nachfolgende Unmöglichkeit eingetreten ist mit oder ohne culpa des Schuldners: danach Eintritt der Prästationspflicht resp. nicht.

Diese Darstellung findet sich bei Windscheid, Pandekten, II § 264. Ausgeführt und eingehend begründet ist dies System zuerst von Friedrich Mommsen, Beiträge zum Obligationen-Recht, I. Neben den Begriffen: anfängliche und nachfolgende, subjektive und objektive, verschuldete und unverschuldete Unmöglichkeit finden sich dort noch andere Ausdrücke, wie natürliche und juristische, absolute und relative Unmöglichkeit: Termini, die zur kürzeren Bezeichnung dienen, auf welche aber keine Rechtssätze basirt werden.

Es läßt sich nun zwar nicht in Abrede stellen, daß alle genannten Arten der Unmöglichkeit, wie subjektive und objektive ꝛc. logisch sehr wohl denkbar sind: es könnten alle diese Begriffe in einem Gesetzbuch Aufnahme finden[38]). De lege lata ist jedoch zu sagen, daß sie nun einmal im Corpus juris

---

38) Wie dies zum Theil im B.G.B. geschehen ist.

nicht enthalten sind. Was nützt das kunstreiche System? Jede Systematik des gegebenen Rechts ist nicht Selbstzweck, sondern verfolgt das Ziel, zur praktischen Handhabung des Rechts die vorhandenen Rechtssätze in einem einfachen, möglichst übersichtlichen Aufbau zur Darstellung zu bringen. Es giebt kein allein richtiges System, wohl aber ein besseres und ein schlechteres. Das System der herrschenden Lehre aber ist gekünstelt. Es bringt die in den Quellenentscheidungen enthaltenen Rechtssätze in wenig klarer Weise zum Ausdruck; ja in manchen Punkten setzt man sich dem einmal angenommenen Prinzip zu Liebe in direkten Widerspruch mit dem geltenden Recht.

1. Anfängliche und nachfolgende Unmöglichkeit.

Es soll zugegeben werden, daß diese Unterscheidung einer praktischen Bedeutung nicht entbehrt. Kommt es nämlich trotz vorliegender Unmöglichkeit aus anderen Gründen dennoch zu einer Haftung des Schuldners, so ist dieselbe eine andere bei der anfänglichen Unmöglichkeit als bei der nachfolgenden. Denn im ersteren Fall liegt im Allgemeinen[39]) ein gültiger Vertrag nicht vor: Schuldner hat für das negative Vertragsinteresse einzustehen. Im letzteren Falle wird dagegen aus dem gültigen Vertrage auf das Erfüllungsinteresse gehaftet. Allein dieser Unterschied in der praktischen Behandlung ist durch das

39) Die römische Stipulation ist dann stets nichtig; nichtig sind aber auch bonae fidei negotia, cf. l. 7 D. de her. 18, 4, l. 15 pr. l. 62 § 1, l. 57 pr. § 1 D. de contrah. empt. 18, 1. Gültig (Haftung auf das positive Vertragsinteresse) ist freilich bei Unwissenheit des Käufers der Verkauf eines homo liber als Sklaven, einer res extra commercium: Einzelentscheidungen der Quellen, in denen aus Billigkeitsrücksichten (z. B. quia difficile dignosci potest liber homo a servo, l. 5 D. 18, 1) von dem allgemeinen Prinzip abgewichen wird. Vergl. Windscheid, Pand., II § 315 Note 5.

Vorhandensein oder Fehlen eines gültigen Vertrags bedingt, nicht aber handelt es sich um begriffliche Unterschiede innerhalb der Unmöglichkeit selbst. Anders die herrschende Lehre: nur bei der anfänglichen Unmöglichkeit soll die regula juris: „impossibilium nulla obligatio" (l. 185 D. 50, 17) Platz greifen, nicht bei der nachfolgenden. Denn „wollte man für diese den Grundsatz gelten lassen, so würde das Fortbestehen der Verpflichtung in ausgedehntestem Maße von der Willkür des Schuldners abhängig sein, während eben das Wesen der Obligation darin besteht, daß Schuldner durch dieselbe gebunden ist" (Mommsen, a. a. O. S. 228). Ich möchte das Gegentheil behaupten: sowohl bei der anfänglichen wie bei der nachfolgenden Unmöglichkeit ist ein und dasselbe Prinzip der Befreiung des Schuldners von seiner Leistungspflicht maßgebend [40]). In beiden Fällen aber können culpa und dolus des Schuldners die befreiende Wirkung der Unmöglichkeit aufheben. Die herrschende Lehre spricht nur bei der nachfolgenden Unmöglichkeit von einer culpa des Schuldners. Dieselbe culpa levis bildet aber auch, wenn sie bei der anfänglichen vorkommt, einen Haftungsgrund, wenigstens bei bonae fidei-Kontrakten. Sie führt eine kontraktliche Verpflichtung ohne Kontrakt herbei [41]). So sind die beiden Gesichtspunkte: Be-

---

40) Pernice, Labeo, II S. 270 Note 31, will ebenfalls die anfängliche und nachfolgende Unmöglichkeit nicht trennen.

41) Vergleiche die bekannte Abhandlung Ihering's in seinen Jahrbüchern, Bd. 4 Nr. 1. Näher kann auf diese wegen des Widerspruchs der Quellenstellen so bestrittene Frage nicht eingegangen werden. Literatur bei Windscheid, Pandekten, § 315 Note 5 und 7; Dernburg, II § 16 Note 13. — An sich ist m. E. der Ausgangspunkt, von welchem aus das römische Recht den Kontrahenten für negatives Vertragsinteresse haften läßt, der von Ihering aufgestellte Gesichtspunkt wirklicher culpa (in contrahendo). Wenn Ihering selbst in Anlehnung an die Quellen im konkreten Falle von einer culpa absieht und Neuere (wie Windscheid, a. a. O.) darin weiter gehen, so entspricht das ebenso sehr dem Billigkeitsgrundsatze wie

freiung des Schuldners wegen Unmöglichkeit der Leistung und Haftung für dolus und culpa bei der anfänglichen wie bei der nachfolgenden Unmöglichkeit in gleicher Weise vorhanden.

Als ferneren Unterschied zwischen der anfänglichen und nachfolgenden Unmöglichkeit hebt man hervor, daß nur bei der anfänglichen Unmöglichkeit die subjektive nicht befreie, bei der nachfolgenden befreie subjektive sowohl wie objektive, sofern sie nur unverschuldet seien. Die Untersuchung dieses Punktes führt uns zu der Vorfrage, wie es mit den Begriffen „subjektive" und „objektive" Unmöglichkeit stehe. Da wir im Folgenden eine subjektive Unmöglichkeit, als den Quellen fremd, ablehnen werden, so wäre auch dieser Unterschied zwischen der anfänglichen und nachfolgenden Unmöglichkeit hinfällig.

2. Subjektive und objektive Unmöglichkeit.

Noch wichtiger, d. h. verhängnißvoller als die Unterscheidung in anfängliche und nachfolgende Unmöglichkeit ist die schon erwähnte Untertheilung in subjektive und objektive Unmöglichkeit. Diese Terminologie findet sich schon bei Savigny (Obligationen-Recht, I S. 384 ff., III S. 285). Nachdem dann die subjektive Unmöglichkeit durch Mommsen eine eingehende Berücksichtigung erfahren, kehrt sie seitdem in allen umfangreicheren Kompendien des Pandektenrechts wieder. Danach ist subjektive Unmöglichkeit eine solche, welche in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners begründet liegt, welche nur dem konkreten Einzelschuldner die Leistung unmög-

---

dem Verkehrsbedürfnisse, welches erheischt, daß man einfach einsteht für die durch rechtsgeschäftliche Erklärung in dem Gegner hervorgerufenen Erwartungen. Man trifft auf diese Weise immer den schuldigen Theil, und wenn im Einzelfall einmal Haftung ohne Verschulden eintritt, so ist dieses noch immer besser, als wenn der Gegenkontrahent, auf dessen Seite auch nicht einmal objektiv etwas Fehlerhaftes vorliegt, den Schaden tragen muß.

lich macht, im Gegensatz zur objektiven, welche auf der Natur der Leistung an sich beruht, für Jedermann vorhanden ist.

Schon der Begriff der „subjektiven Unmöglichkeit" als solcher bereitet Schwierigkeiten, an Opposition hat es daher nicht gefehlt. So hat Brinz (Pand., II § 245 S. 126, 2. Aufl.) sie nicht nur für „nicht viel werth", sondern geradezu für „unzutreffend" erklärt. Vor allem ist es aber Gustav Hartmann gewesen, welcher sich wiederholt [42]) gegen diesen Begriff ausgesprochen hat. Insbesondere hat Hartmann darauf hingewiesen, daß man nie schematisch bestimmen könne, wie weit man in der Berücksichtigung rein persönlicher Hemmnisse gehen dürfte, welchen man noch trotz objektiv klar vorliegender Realisirbarkeit der geforderten Leistung obligationszerstörende Wirkung beilegen könnte und welchen nicht mehr. Daher trüge eine allgemeine „subjektive Unmöglichkeit" stets etwas Vages in sich [43]). Die Richtigkeit dieser Bemerkung Hartmann's wird in praktischen Fällen, wo der Schuldner einen Erfolg herbeizuführen versprochen, ja klar hervortreten, sie findet ihren Beweis aber schon in dem Umstande, daß die Vertreter der herrschenden Lehre selbst bei der theoretischen Abgrenzung, was alles unter die „subjektive Unmöglichkeit" zu subsumiren sei, erheblich von einander abweichen [44]).

42) Gustav Hartmann, „Die Obligation" (Erlangen 1875), S. 167 fg. Derselbe: Juristischer Casus und seine Prästation", Jahrb. f. Dogm., XXII, S. 422 ff.

43) Vergl. namentl. Hartmann, Ihering's Jahrb. a. a. O. S. 425.

44) Hat der Schuldner ein persönliches Thun vorzunehmen und kann dann aus rein individuellen Gründen ohne seine Schuld seiner Verpflichtung nicht nachkommen, so liegt nach Mommsen (S. 65) eine wahre objektive Unmöglichkeit vor (keine subjektive, wie man annehmen sollte). Für subjektive Unmöglichkeit erklärt es andererseits Mommsen (S. 29), wenn Schuldner dejizirt, wenn ihm die Sache geraubt, durch Feindesgewalt genommen ist. Man

Zeigen diese allgemeinen Erwägungen bereits, daß wir es hier mit einem recht wenig brauchbaren Begriff zu thun haben, so hat derselbe jedenfalls in dem geltenden römischen Recht eine Stelle nicht gefunden. Es widerspräche offenbar dem ganzen Wesen des Kontrakts, wenn man, wie dies Windscheid[45]) thun würde, einen Bauunternehmer, welcher sich zum Bau eines Hauses verpflichtete, darauf unverschuldet in Vermögensverfall gerieth, wegen nachfolgender subjektiver Unmöglichkeit von seiner Verbindlichkeit befreien wollte. Harmloser, und ohne solche verkehrten praktischen Resultate zu zeitigen, erfolgt die Verwendung der subjektiven Unmöglichkeit als anfängliche. Hier kommen herrschende Ansicht und die Quellen zu demselben Ergebniß. „Anfängliche subjektive Unmöglichkeit befreit nie", heißt es nach dem herrschenden System. Gewiß! Das ist im Allgemeinen[46]) richtig, denn sie ist eben gar keine „Unmöglichkeit" im Sinne der Quellen: arg. l. 137 § 5 D. de V. O. 45, 1: Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, quum alio possibile sit, jure factam obligationem Sabinus scribit (vergl. auch § 4 der lex cit.).

Die Stelle beweist nicht, daß, wie man lehrt, die sog. subjektive Unmöglichkeit ausnahmsweise als anfängliche einen Haftbefreiungsgrund nicht darstelle, sondern sie zeigt vielmehr,

---

sollte meinen, incursus hostium, vis piratarum, latrocinium wären Unfälle, welche nicht nur dem Einzelschuldner, sondern jedem normalen Menschen die Leistung unmöglich machen. Freilich wenn man es so faßt, die hostes, latrones, welche die Sachen haben, können sehr wohl leisten, nur der Schuldner persönlich nicht, — kommt man zu anderen Resultaten. Die difficultas dandi wird von Savigny, Mommsen, Windscheid als subjektive Unmöglichkeit bezeichnet, während Dernburg, Pand., II S. 46 Note 6 (4. Aufl.) die difficultas dandi als Schwierigkeit streng von der subjektiven Unmöglichkeit geschieden wissen will.

45) Windscheid, Pandekten, II § 264 Ziff. 2 (S. 52) und § 277 (S. 75). Dagegen Hartmann, S. 223, 235 der Obligation.

46) Vergl. jedoch unten S. 42.

daß der ganze Begriff für die Römer überhaupt nicht vorhanden war, daher als „Unmöglichkeit" gar nicht berücksichtigt werden konnte. Eine einseitige Betonung der individualisirenden aequitas, wie sie sich durch Aufstellung des Begriffs der „subjektiven Unmöglichkeit" äußert, wird jedoch nothwendig die praktische Rechtspflege zu Unsicherheit und Schwankungen hinreißen und gerade dem gewissenhaften Richter sein Amt noch schwerer machen. Wir können eben die „verpönten Schablonen" und festfixirten Begriffe nicht entbehren, „sie sind eine Wohlthat für den großen Verkehr, den sie vor dem Versinken der Rechtspflege in bodenlose Billigkeit bewahren"[47]). Ganz richtig ist es daher, wenn Exner trotz der Mißbilligung Goldschmidt's[48]) „über eine jeder tieferen Auffassung widerstrebende Veräußerlichung der Schuldfrage" bei Feststellung des Begriffs der vis major die Schuldfrage zunächst überhaupt eliminirt wissen will. Wir aber werden auf diesem Wege weiter gehen und eben dasselbe für die Unmöglichkeitslehre behaupten. Hinsichtlich dessen, was normaler Weise aus einem abgeschlossenen Vertrage zu leisten, und welche Grenze der Haftung maßgebend ist, darüber muß man (abgesehen von speziellen Parteiabmachungen) in erster Linie die ganze Natur der Obligation entscheiden lassen. Daneben läuft in größerem und geringerem Grade selbständig die culpa-Haftung. — Dagegen ist es aber der rothe Faden, der sich überall durch die Darstellungen der herrschenden Lehre zieht, daß bei **allen** Obligationen allein maßgebend sein soll das subjektive Verhalten; so kommt man zu dem allgemeinen Begriff der subjektiven Unmöglichkeit, so kommt man dazu, für die einfache Haftung aus jedem Kontrakte nicht den Gegenstand der Leistung oder die Art des Geschäfts, sondern die

---

47) Exner, a. a. O. S. 554.

48) Goldschmidt, Zeitschr. f. das gesammte Handelsrecht, III S. 89.

culpa als Grundbegriff zunächst maßgebend sein zu lassen, so statuirt man einen subjektiven Begriff des casus, welcher die Negation jeglichen Verschuldens bildete — und so mußte man endlich auch dazu gelangen, die Haftung bis vis major subjektiv zu fassen als eine Haftung, welche zu einer außerordentlichen Diligenz verpflichte (Einstehen für culpa levissima)[49].

Nachdem wir gesehen, daß die herrschende Lehre ein befriedigendes System der befreienden Unmöglichkeit nicht aufzu-

---

49) Betrachten wir hier noch kurz die Bestimmungen des B.G.B. Terminologisch im guten Sinne ist hervorzuheben, daß das Gesetzbuch von subjektiver Unmöglichkeit nicht spricht, sondern dafür den Ausdruck „Unvermögen des Schuldners" verwendet. Im Uebrigen dürften die einschlägigen Normen als eine Kodifikation der herrschenden Lehre angesehen werden. Geschieden ist, was, wie oben bemerkt, nicht unzweckmäßig sein mag, die anfängliche (B.G.B. § 306) von der nachfolgenden (§§ 275, 279, 280) Unmöglichkeit. Ein anfängliches Unvermögen wird nicht berücksichtigt, dagegen ist das Unvermögen der nachfolgenden Unmöglichkeit gleichgestellt. Diese Gleichstellung ist im Abs. 2 des § 275 des Gesetzes generell geschehen, so daß Ausnahmen (§ 280 Gattungsschuldverhältniß) ausdrücklich im Gesetze hervorgehoben werden müssen. Gerade umgekehrt die Fassung des Abs. 2 vom Antrag I (Protokolle, S. 629), welcher in den Kommissionsberathungen des Entwurfs II. Lesung gestellt und angenommen wurde. Er lautet:

„Dasselbe (Befreiung des Schuldners) gilt, wenn der Schuldner, welcher einen nicht lediglich der Gattung nach bestimmten Gegenstand zu leisten hat, die Leistung, ohne daß sie unmöglich geworden, in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu bewirken außer Stand gesetzt worden ist."

Wie es in den Protokollen, S. 632 heißt, sollte dies nach Absicht der Mehrheit der Kommission der einzige Fall sein, wo subjektive Unmöglichkeit der objektiven gleichgestellt werde. Daß übrigens jene oben gerügte einseitige Betonung des subjektiven Moments auch in den Kommissionsberathungen wieder hervortrat, geht aus den Protokollen klar hervor: ein Antrag (III), welcher ohne Rücksicht auf Verschulden (und über Verschulden hinaus) eine Haftung des Schuldners statuiren wollte, wenn sich dies aus Natur und Inhalt des Schuldverhältnisses ergäbe, wurde abgelehnt.

stellen vermag, wollen wir den Versuch wagen, den in den Quellen enthaltenen Grundgedanken mehr gerecht zu werden.

Unmögliches kann nicht geleistet werden. Das ergiebt sich aus dem Begriff der Unmöglichkeit von selbst, das Gegentheil wäre ein logischer Widerspruch. l. 182 D. de R. J. 50, 17: Quod nullius esse potest, id ut alicujus fieret, nulla obligatio valet efficere. Dazu bedürfte es keines Rechtssatzes, und so ist die regula juris: impossibilium nulla obligatio nicht zu verstehen [50]). — Aus dem logischen Satze, daß Unmögliches nicht erfüllt werden kann, ergiebt sich aber in keiner Weise, daß der Schuldner von jeglicher Verbindlichkeit entlastet werde: es könnte ebenso gut Satz eines positiven Rechts sein, daß trotz Unmöglichkeit der Leistung der Schuldner stets Ersatz zu leisten habe, d. h. die Gefahr trage. Für das römische Recht ist dagegen mit der erwähnten regula juris das Prinzip aufgestellt, daß im Allgemeinen Unmöglichkeit den Schuldner von seiner Verpflichtung befreie.

Wenn es sich bei der Unmöglichkeitslehre um das Freiwerden des Schuldners handelt, so tritt uns naturgemäß die Frage entgegen: Worauf haftet der Schuldner sonst? Welche Leistung hat er normaler Weise zu machen? Das führt uns zu der wichtigen Unterscheidung der Obligationen nach dem

---

50) Anders Hartmann, Die Obligation, S. 173, und Jahrb. f. Dogmatik, XXII S. 418, welcher die regula juris dahin versteht, als sei sie nichts anderes als die einfache Anwendung des logischen Satzes vom Widerspruch. Jedoch wird der Sinn ein anderer sein. „Daß eine objektiv unmöglich gewordene Leistung so, wie sie geschuldet war, nicht mehr bewirkt werden könne, sei eine Wahrheit, über welche man Belehrung im Gesetze nicht suche" (Protokolle der Komm. z. II. Entw., S. 630). Was a. a. O. bezüglich des B.G.B. über die nachfolgende Unmöglichkeit gesagt ist, gilt allgemein für unsere regula juris überhaupt. Auch das Corp. jur. Justiniani ist — mag die Form noch so sehr eine andere sein als die der modernen Gesetze — in erster Linie doch ein Gesetzbuch, welches befehlen, nicht allgemeine Wahrheiten verkünden will.

Inhalt des Schuldverhältnisses. Wir unterscheiden danach Obligationen, wo die Leistung geht auf Herbeiführung eines objektiven Resultats, und Obligationen, deren Gegenstand ein rein subjektives Verhalten des Schuldners bildet[51]). Diese Eintheilung wird für die ganze folgende Darstellung maßgebend sein. In beiden Fällen haftet der Schuldner jedoch nicht, wenn ein Zustand vorliegt bezw. ein Ereigniß eintritt, welches „dem Menschen überhaupt" die Ausführung der übernommenen Verpflichtung unmöglich macht. Der absoluten Unmöglichkeit steht es gleich, wenn die Leistung nicht verlangt werden oder keinem Menschen zugemuthet werden darf (negotium turpe, res extra commercium). Aus dem Gesagten ergiebt sich, daß der Begriff der befreienden Unmöglichkeit typisch zu fassen ist [die Quellen sprechen nur von einer, der wahren Unmöglichkeit und kennen nicht die vielen Unterscheidungen der herrschenden Lehre[52])]; es muß nach allgemeiner Ueberzeugung feststehen, daß die Leistung wirklich unmöglich ist, nicht darf eingegangen werden auf die rein subjektiven Hemmnisse, welche im Einzelfalle den Schuldner an der Erfüllung hindern. Der Maßstab ist also an sich überall objektiv in diesem Sinne. Allein man darf hier, wo von der

---

51) Auf diesen für die ganze Struktur der Obligation so bedeutsamen Unterschied hat aufmerksam gemacht: Bernhöft in den Beiträgen zur Beurtheilung des Entwurfs eines B.G.B. (von Bekker und Fischer), Heft 12. Vergl. Bernhöft, a. a. O. S. 17: „Jedes Schuldverhältniß geht auf Anspannung des Willens des Schuldners, um ein bestimmtes Ergebniß zu erreichen. Nun kann das Schuldverhältniß derart sein, daß der Schuldner lediglich verpflichtet ist, das Seinige zur Herbeiführung des Erfolges zu thun, und daß er damit frei wird, gleichviel ob der Erfolg wirklich erreicht ist oder nicht. Oder es kommt auf den Erfolg selbst an, und die Schuld ist — abgesehen von dem Falle der Unmöglichkeit — nicht getilgt, solange der Erfolg nicht wirklich erreicht ist."

52) Vergl. auch Hartmann, Die Obligation, S. 172 Abs. 1.

Unmöglichkeit im Allgemeinen die Rede ist, das „Objektive" nicht allzu sehr urgiren: denn der Maßstab der befreienden Unmöglichkeit paßt sich ganz dem jeweiligen Inhalt der Obligation an. Geht die Verpflichtung auf rein subjektives Verhalten (Mandat) oder soll bei der locatio conductio operis der Conductor höchst persönlich ein opus vollführen, so kann von einer objektiven „für alle Menschen vorhandenen" Unmöglichkeit nicht die Rede sein.

1) Betrachten wir zunächst die Obligation auf Herbeiführung eines Resultats, so läßt sich vorausschicken, daß nirgends hier auf das subjektive Können des jeweiligen Schuldners Rücksicht genommen wird. Niemals sprechen die Quellen von facere und gerere, sondern nur von fieri, und immer wird im Falle der Unmöglichkeit objektiv (passivisch) gesprochen, z. B.: impetus, qui repelli non potest, vis, cui resisti non potest (l. 18 pr. D. 13, 6, l. 28 cod. 4, 65), oder die Quellen gedenken, wenn sie aktivisch reden, nicht des Schuldners, sondern der menschlichen Ohnmacht überhaupt: cui humana infirmitas resistere non potest (l. 1 § 4 D. 44, 7) [53]). Auf die einzelnen Obligationen dieser Art werde ich noch zum Theil im nächsten Abschnitte näher eingehen müssen. Doch dürfte es sich empfehlen, schon hier an einem eklatanten Beispiele das Gesagte zu illustriren. Das beste Beispiel einer solchen Verpflichtung ist die obligatio auf dare im eigentlichen Sinne (actio certa, stricti juris negotium). Hier hat der Schuldner einfach die Eigenthumsübertragung herbeizuführen: auf subjektives Verhalten, auf subjektive Schwierigkeit (difficultas dandi) kommt es gar nicht an. Kann er die Sache (species) nicht beschaffen, steht sie z. B. im Eigenthum eines Dritten, der ihm die Sache nicht

53) Vergl. Baron, a. a. O. Bd. 78 S. 294.

zu Eigenthum überlassen will, dann haftet Schuldner im vollen Umfange[54]), mag nun culpa vorliegen oder nicht, mag die difficultas dandi von Anfang an existirt haben oder erst nachträglich eingetreten sein. Immerhin haftet aber der Schuldner nicht unbeschränkt. Die ratio fordert die Aufstellung einer gewissen Grenze: Arg. l. 1 § 9 D. de O. et A. 44, 7. Maßgebend ist danach der oben aufgestellte Begriff der Unmöglichkeit: es handelt sich um Ereignisse, Zustände, wo nicht erfüllt werden kann (aedes deustae) oder doch nicht erfüllt werden darf (servus mortuus, stipulatio de homine libero, de loco sacro aut religioso), hinsichtlich des Letzten vergl. auch l. 35 D. 45, 1: Si stipulor ut fiat, quod natura fieri non concedit, non magis consistit obligatio, quam quum stipulor, ut detur, quod dari non potest.

Ist durch verborum obligatio eine Genusschuld begründet, so ist nach dem Grundsatze „genus perire non censetur" die Unmöglichkeitsgrenze weit hinausgeschoben. Es wird gehaftet, solange das genus noch in rerum natura und solange es nicht gänzlich etwa extra commercium getreten ist[55])[56]). Aus demselben Gesichtspunkt heraus ist die strengste Haftung beim Realkontrakt des mutuum vorhanden, wo der Darlehnsempfänger zum dare von tantundem ejusdem generis verpflichtet ist; er haftet stets. Arg. l. 1 § 4 D. de O. et A. 44, 7: et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet

---

54) l. 137 § 5 D. de verb. oblig. 45, 1.

55) So auch ganz allgemein B.G.B. § 279. Diese Bestimmung kann der bona fides widersprechen: vergl. die folgende Note.

56) Vergl. Hartmann, Obligation, S. 234 ff. Milder ist die Haftung (aus Genusobligationen) und die Geltung des Satzes genus perire non censetur eingeschränkter bei den bonae fidei negotia. Darüber ausführlich Hartmann, a. a. O. S. 254 ff.

casu quod accepit amiserit, nihilo minus obligatus permanet; vergl. auch § 2 J. III, 14[57]).

Blicken wir noch einmal auf diese Art des Schuldverhältnisses zurück, so entsprach der objektiven Natur dieser Obligation eine objektive Haftgrenze, das subjektive Moment (culpa-Diligenz) trat ganz zurück. Das zeigt sich in doppelter Weise: wie auf der einen Seite persönliches, wenn auch noch so unverschuldetes Unvermögen nie befreit, so war andererseits (im unentwickelten Recht) von einer Diligenz-Haftung nicht die Rede. Eine Haftung für culpa in faciendo dürfte freilich später eingetreten sein: l. 91 pr. D. de verb. oblig. 45, 1 (Paulus). Die culpa hob dann die an sich befreiende Wirkung der Unmöglichkeit wieder auf. Die Quellen sprechen in diesen Fällen von perpetuatio[58]) obligationis [perpetuari= aufrechterhalten das Obligationsband, welches sonst zerschnitten (exstingui) wäre][59]). War der Zustand, wo objektiv nicht geleistet werden konnte, von Anfang an vorhanden, so vermag selbst culpa oder gar offenbarer dolus nicht, eine gültige Vertragsverpflichtung hervorzurufen[60]). Was den Einfluß der Unmöglichkeit auf eine bereits begründete Verpflichtung (gerichtet auf objektiven Erfolg) anlangt, so spielt hier der **casus** eine wichtige Rolle. Als ein schädigendes Ereigniß, welches den Sachuntergang bezeichnet, ist der Begriff des casus ins-

57) Die Geldschuld überhaupt kann dreifacher Art sein: 1) Speciesobligation; 2) Genusobligation; 3) reine Werth- oder Summenschuld. Vergl. Regelsberger, Pand., I § 105. Für das mutuum kommt in der Regel die letzte, möglicherweise auch die zweite in Betracht. Die strenge Haftungsgrenze ist in den Fällen sub 2) und 3) dieselbe.

58) cf. lex citata (91 D. 45, 1) § 3: Sequitur videre de eo quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit. Et quidem si effecerit promissor, quominus solvere possit expeditum intellectum habet constitutio.

59) Darauf hat Pernice, Labeo, II S. 270 hingewiesen.

60) Vergl. Mommsen, a. a. O. S. 115, 116.

besondere bei solchen Obligationen, die sich auf die Leistung (dare, restituere) eines speziellen Objekts konzentriren, so recht geeignet, die oben bezeichnete objektive, für alle Menschen vorliegende Unmöglichkeitsgrenze zum Ausdruck zu bringen und andererseits dem culpa (Diligenz-) Maßstab gegenüber sich indifferent zu verhalten. Auf den Begriff des casus und auf die regula juris: „casus a nullo praestantur“ wird später zurückzukommen sein.

2) Ganz anders dagegen bestimmt sich die Haftung bei den Obligationen, die ein subjektives Verhalten zum Gegenstande haben. Es ergiebt sich aus der Natur der Sache, daß, wenn Schuldner dieses Verhalten prästirt, er dann frei ist, weil er, streng genommen, schon erfüllt hat[61]). Das gute, ordentliche Verhalten des Schuldners ist eben allein maßgebend. Freilich wird im gewöhnlichen Leben, wie im Rechtsverkehr, der Zweck d. h. der objektive Erfolg, den der Schuldner durch sein sorgfältiges Verhalten erreichen soll, stets in den Vordergrund treten; um seinetwegen schließen ja die Parteien den Vertrag, und wenn er nicht erreicht ist, so spricht man auch hier von Unmöglichkeit der Leistung. Aber im Falle solcher Unmöglichkeit zeigt sich dann wieder das wahre Wesen dieser Obligation: der Schuldner ist frei, wenn er den bei den Einzelfällen dieser Gruppe maßgebenden Diligenzgrad (diligentia boni patris fam., diligentia quam suis oder noch weniger) angewendet

61) Diesen Gedanken hebt hervor Stintzing, a. a. O. S. 439. Daher könne eben auch gar nicht von einer „Befreiung“ des Schuldners wegen unverschuldeter „Unmöglichkeit“ die Rede sein. Der Schuldner müsse Erfüllung beweisen (und hier habe er erfüllt), nicht seine Nichtschuld. Das ist logisch richtig, so denkt aber nicht der Verkehr, der einzig und allein das dem Gläubiger zu verschaffende ökonomische Resultat im Auge hat, und wir werden gut thun, der Anschauung des Wirthschaftslebens hierin zu folgen. Das Weitere oben im Text.

hat. Darüber hinaus haftet er nicht. Tritt der bezweckte Erfolg trotz aufgewendetem, normalem Verhalten nicht ein, so liegt Unmöglichkeit der Leistung vor, und der Schuldner ist von seiner Verbindlichkeit befreit. Dies würde die herrschende Lehre auch als subjektive Unmöglichkeit bezeichnen. Es zeigt sich aber ihre Unrichtigkeit darin, daß sie hier im Falle der anfänglichen Unmöglichkeit ruhig haften läßt[62]) — Windscheid: anfängliche subjektive Unmöglichkeit befreit niemals — im Gegensatz zu der ungerechten Milde, daß sie bei der nachfolgenden subjektiven Unmöglichkeit stets, also auch bei Obligationen der erstgenannten Gruppe den Schuldner befreit.

Wir können als treffendes Beispiel dieser zweiten Gruppe der obligatio auf dare die Verpflichtung des Mandatars gegenüberstellen. Der Mandatar haftet (freilich nach dem abstrakten Maßstabe des dilig. boni patr. fam.) nur für persönliches Können bei der Ausführung der ihm ertheilten Aufträge. Habe ich Jemandem den Auftrag gegeben, ein bestimmtes Pferd für mich zu kaufen, und er hat es trotz ordnungsgemäßem Bemühen nicht kaufen können (weil z. B. der Eigenthümer nicht verkaufen wollte oder schon an einen Anderen verkauft hatte), dann ist der Beauftragte eben frei und kann außerdem seine Auslagen ersetzt verlangen. Er haftet nicht für den objektiven Erfolg, daß Mandant das Pferd bekommt. Als Quellenzeugniß will ich nur anführen l. 20 pr. D. mandati 17, 1: Ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet, si exigere faeneratam pecuniam non potuit.

---

62) Vergl. gegen die herrschende Lehre auch Brinz, Pandekten, I § 278 Note 10.

Unter diese Gruppe ist auch zu subsumiren die Sozietät. Auch der socius steht nur für sein persönliches Können ein, wenn er im Gesellschaftsinteresse thätig ist; und zwar ist hier die Obligation ganz auf den einzelnen Schuldner zugeschnitten, da die von ihm zu prästirende Diligenz nicht mit dem abstrakten Maßstabe des bon. pat. fam., sondern rein individuell nach der von ihm in eigenen Angelegenheiten angewendeten Sorgfalt bemessen zu werden pflegt. Andere Haftungsgrundsätze kommen natürlich in Anwendung, wenn der socius durch speziellen (custodia-)Vertrag eine strengere Verbindlichkeit übernommen hat, cf. l. 52 § 3 D. 17, 2. — Hierher gehört endlich auch das Depositum. Bei diesem ist die persönliche Verpflichtung zu einem einfachen Dulden herabgemindert.

V.

Nachdem wir soeben im Allgemeinen das System angegeben haben, nach welchem sich die Haftung des Schuldners bestimmt, und wann er frei wird wegen Unmöglichkeit der Leistung, so mag es gestattet sein, das neu aufgestellte Prinzip auf einige wichtigere Obligationen zur Anwendung zu bringen. Um jedoch unseren eigentlichen Gegenstand, den Begriff der vis major, nicht aus den Augen zu verlieren, kann dies nur in großen Zügen geschehen. Vorauszuschicken ist noch, daß erst in zweiter Linie die Grenze der Haftung sich nach dem jetzt zu schildernden allgemeinen Wesen der einzelnen Obligationen richtet; in erster Linie kommt für die Verbindlichkeit des Schuldners und sein Freiwerden von derselben in Betracht die spezielle Parteiabmachung, die konkrete Natur des einzelnen Geschäfts.

Wenden wir uns zunächst zum Legat und betrachten wir hier die obligatio (quasi ex contractu) des Erben auf Leistung des Legats.

Was die vorjustinianische Zeit betrifft, so scheidet für uns aus das legatum per vindicationem (ähnlich auch das legatum per praeceptionem), welches unmittelbare dingliche Wirkung (Eigenthumsübergang) erzeugte. Dagegen gehören hierher das legatum per damnationem und das legatum sinendi modo, wo es sich um das obligatorische Band zwischen Legatar und Erben handelt. Das legatum sinendi modo verlangte vom Schuldner gar kein positives Handeln, gar kein Herbeiführen eines Resultats. Der Onerirte war nicht zum dare verpflichtet, sondern zum sinere, d. h. zu gestatten, daß der Legatar seinerseits sich die Sache aneigne. Weiter haftet der Erbe nicht, er kommt nicht dafür auf, wenn die Sache nachträglich untergeht, wenn ein Dritter ein derartiges Recht an ihr erwirbt, daß die dem Legatar zur Verfügung gestellte Eigenthumsklage nichts nützt. — Anders das legatum per damnationem: hier haben wir eine certa obligatio auf dare. Dieses Forderungsrecht des Legatars ist ganz so zu behandeln, wie die im vorigen Abschnitte angeführte stipulatio auf dare: Haftung des Erben auf den Erfolg der Eigenthumsübertragung bis zur angegebenen objektiven Grenze der Unmöglichkeit.

Während nun für das vorjustinianische Recht durch die strenge Scheidung der einzelnen Legatskategorien auch die Verschiedenartigkeit ihres Inhalts und des Umfangs der Haftung klar hervortritt, bietet das justinianische Recht größere Schwierigkeiten. Es steht fest, daß nach justianischem Recht auf den Legatar mit dem dies legati veniens, sowohl die dingliche Wirkung (Eigenthumsübergang — vorausgesetzt, daß die vermachte Sache im Eigenthum des Erblassers stand —)

wie auch ein obligatorisches Recht gegen den Erben, beide unabhängig von einander, übergehen (l. 1 Cod. comm. de leg. 6, 43), so daß der Legatar sein Eigenthum nicht aufgiebt, auch wenn er mit der persönlichen Klage gegen den Erben vorgeht. Was diese letztere Klage betrifft, so geht sie jedenfalls nicht auf dare opportere: cf. Donellus, Comment. in Cod. ad l. 1, Cod. 6, 43.

Die Obligation geht vielmehr auf die Herausgabe oder Verschaffung der Sache bezw. auf die Gewährung der Ausübung eines dinglichen Rechts.

Es hält schwer, diese Obligation unter eine der von uns angegebenen Hauptkategorien unterzuordnen. Sie neigt ihrer Natur nach aber zu denjenigen, wo gehaftet wird auf einen objektiven Erfolg. Wie dies schließlich auch anzunehmen ist bei vermachten Sachen, die im Eigenthum des Erblassers standen, so gilt dies namentlich für die Fälle, wo eine dem Erben gehörige Sache vermacht ist, oder wo das Legat darin besteht, daß dem Erben auferlegt wird, eine Leistung (opus) zu machen. Freilich gilt das Gesagte nicht unbedingt: einmal ist in erster Linie der Wille des Erblassers maßgebend für den Umfang der Haftung, wodurch die Haftung meist verstärkt wird, aber auch gemildert werden kann[63]); andererseits wirkt der Grundsatz: heres non sponte cum legatariis contrahit, l. 19 pr. D. de R. J. 50, 17, ein, woraus sich vielfach Erleichterungen in der Haftung des Erben ergeben.

---

63) Erblasser kann z. B. bestimmen, daß onerirter Erbe die Leistung persönlich mache: arg. l. 11 § 25 D. de leg. III^{0}. Wie sich Onerirter in solchen Fällen einerseits nicht durch Geldäquivalent loskaufen kann, so ist andererseits die Unmöglichkeitsgrenze eine rein subjektive, weil die ganze Obligation gerade diesem Erben angepaßt ist. Der Wille des Erblassers kann aber (l. 21 § 1 D. de leg. III^{0}) auch darauf gehen, daß stets selbst bei klar vorliegender Unmöglichkeit gehaftet werden soll.

Den normalen Inhalt der Obligation giebt uns l. 11 § 7 D. de leg. III° ipsum praestandum quod relictum est: dem Vermächtnißnehmer ist von dem Erben gerade das zu leisten aus dem Nachlaß, was der Erblasser hinterlassen hat; auf Herbeiführung dieses Resultats haftet der letztere. Er kann sich nicht durch Leistung des Geldwerthes befreien, selbst wenn die Sache ihm persönlich werth und theuer ist, cf. l. 71 § 4 D. de leg. I°. Dasselbe gilt, wenn Erblasser eine dem Onerirten gehörige Sache vermacht hat. Im Allgemeinen muß er die Sache durch Ankauf ꝛc. dem Honorirten auch verschaffen, wenn die vermachte Sache im Eigenthum eines Dritten steht. Jedenfalls — und darin zeigt sich der objektive Charakter unserer Obligation — wird er nicht dadurch frei, auch wenn er persönlich trotz redlichem Bemühen die Sache nicht erwerben oder wenn eine Unterlassung der Leistung, weil Pietätsrücksichten entgegenstehen, gewiß nicht als Schuld angerechnet werden kann [64]). Doch braucht der Erbe in solchen Fällen nicht das Erfüllungsinteresse, sondern nur den Sachwerth zu leisten. Zu dieser etwas milderen Regelung der Schuldnerlast haben wohl zwei Erwägungen geführt: einmal der schon citirte Satz: heres non sponte cum legatariis contrahit, ferner der Umstand, daß durch den allzu theuren Ankauf der einen Sache die übrigen Legatare möglicherweise in den ihnen zugedachten Vermächtnissen geschmälert werden könnten.

Die Grenze, wo wirklich Befreiung wegen Unmöglichkeit eintritt, ist eine objektive wie bei den Obligationen auf Herbeiführung eines Erfolgs. Daher befreit denn auch der kasuelle [65])

---

64) Vergl. insbesondere l. 71 § 3 D. de leg. I°, daneben: l. 14 § 2, l. 30 § 6 D. de leg. III°, § 4 J. II 20, § 1 J. II 24

65) Andererseits bleibt die Verbindlichkeit ruhig bestehen, wenn der Schuldner durch seine eigenen freien Handlungen (mag Schuld vorliegen

Untergang der vermachten Species (§ 16 J. II 20; l. 26 § 1, l. 36 § 3, l. 47 § 6, l. 53 § 8 D. de leg. I°, ferner haftet der Erbe nicht, wenn die Sache extra commercium tritt (l. 35 D. de leg. I°, l. 92 pr. D. de sol. 46, 3). Deshalb ist die Verpflichtung eine strengere bei dem legatum generis; anders, wenn die konkrete, in einem gewissen Raum befindliche oder im Nachlaß vorhandene Quantität als solche den Gegenstand der Obligation bildet. Dieselbe wird in allen Beziehungen als individuelle Sache angesehen: l. 30 § 6 D. de leg. I°, l. 34 § 4 D. eod.

Was den Kauf[66]) anlangt, so kommen für uns hier die Verpflichtungen des Verkäufers in Frage. Wenn wir von der solennen Mancipatio des alten Civilrechts absehen, so gingen ursprünglich alle Verpflichtungen des Verkäufers nur auf sein subjektives Können. Sein persönliches Recht an der Sache, und nur soweit dieses reichte, hatte er dem Käufer zu übertragen; nur so wie er die Sache liefern konnte, mochte sie Mängel haben oder nicht, hatte er sie zu geben, ja endlich, wenn er nach dem Kaufabschluß die Sache überhaupt nicht liefern konnte, war er ebenfalls frei. In allen diesen Fällen stand er gemäß der bonae fidei-Natur des Kaufes für Verschulden (dolus und culpa) ein. Aus dieser rein subjektiven Verpflichtung erklären sich zwei Quellenstellen, deren Entscheidungen sonst befremden würden:

---

oder nicht) sich in die Lage versetzt, daß er nicht leisten kann, cf. l. 112 § 1 D. de leg. I°.

66) Wenn wir hiermit zu einem synallagmatischen Vertrage übergehen, so betrachten wir nur das Freiwerden des Schuldners von seiner Verbindlichkeit durch Unmöglichkeit; auf jene andere Frage, wie es mit der Gegenleistung stehe, ob diese trotzdem zu machen ist (Kauf), oder ob die Unmöglichkeit auf der einen Seite das ganze Vertragsverhältniß aufzulösen vermag (Miethe), interessirt uns hier nicht. Vergl. auch die abändernden Bestimmungen des B.G.B. §§ 323—325.

l. 16 D. de cond. caus. dat. 12, 4 (Celsus): Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum[67]) . . .

l. 80 § 3 D. de contr. empt. 18, 1 (Labeo): Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cujus dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus.

In der ersten Stelle erklärt Celsus die Hingabe von Geld, ut mihi Stichum dares, für keinen Kauf. Mit Recht; denn der Verkäufer kann nach alter Anschauung nur sein Verfügungsrecht an der Sache leisten, nicht die objektive Verpflichtung der Eigenthumsübertragung übernehmen. Auch Labeo's Entscheidung erklärt sich nach dem oben Gesagten leicht: der Verkäufer hat das Recht an der Sache zu übertragen, welches er selbst hat. Ist er Eigenthümer, dann muß er das Eigenthum an dem Kaufobjekt übertragen, sonst liegt eben kein Kauf vor.

Auf dieser älteren Auffassung der Obligation des Verkäufers beruhen auch die zahlreichen Quellenstellen, welche den Verkäufer dann frei werden lassen, wenn er persönlich ohne Schuld ist und redliches Bemühen aufgewendet hat. Vergl. u. a. § 3 J. III 23: quidquid sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Windscheid, Pand., II § 264 Note 6 benutzt diese Stellen, um sein System, wonach unverschuldete nachfolgende Unmöglichkeit, mag sie subjektiv oder objektiv sein, stets befreien soll, zu stützen. Er übersieht, daß diese Stellen nur passen für die rein subjektiven Verpflichtungen des Verkäufers. Ist es aber

67) Vergl. auch Bechmann, Kauf, II S. 71; anders Degenkolb, Krit. Vierteljahresschr., XXVII S. 458 fg.

im rein römischen Recht, wo sich die meisten Kontraktsarten unabhängig von einander entwickelten, überhaupt schon gewagt, Rechtssätze, welche für einen Kontrakt gelten, unbesehens per analogiam auf andere Kontrakte auszudehnen [68]), so dürfen jedenfalls die in den Quellen für den Kauf aufgestellten Rechtssätze über befreiende Unmöglichkeit der Leistung nun und nimmer auf solche Obligationen übertragen werden, wo auf einen objektiven Erfolg gehaftet wird.

Der gesteigerte Verkehr konnte sich jedoch auf die Dauer an einer so milden Haftung des Verkäufers nicht genügen lassen. An zwei Stellen wurde sie durchbrochen: der Käufer mußte größere Garantie dafür haben, sowohl daß die Sache frei von Mängeln war, wie auch daß ihm ein genügendes Recht an dem Kauf-Gegenstande übertragen worden, welches ihm das habere, das faktische Haben und Behalten des Kaufobjektes sicherte. Nach diesen beiden Richtungen hin ist im späteren Recht die subjektive Haftung des Verkäufers in eine objektive umgewandelt. Zunächst mußte sich der Käufer die gewünschte Sicherheit von Fall zu Fall durch besondere beim Kaufabschluß vorgenommene Stipulationen erwirken; der Inhalt dieser Stipulationen war objektiv gefaßt [69]).

Aus der durch besonderen Vertrag übernommenen

---

68) Vergl. Bernhöft, a. a. O. § 2 (S. 7 ff.). Bernhöft wendet sich daselbst gegen die im Entwurf I. Lesung eines B.G.B. enthaltenen zahlreichen Verallgemeinerungen jener Rechtsnormen, welche die Römer mit ihrem sicheren praktischen Taktgefühl nur für den einen oder den anderen Kontrakt aufgestellt hatten.

69) Vergl. Varro, De re rustica II 2 § 5 i. f. Quum emptor dixit: ‚tanti mihi sunt emptae (sc. oves)? et ille respondit ‚sunt‘ et expromisit nummos‘, § 6 emptor stipulatur prisca formula sic: illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse uti pecus ovillum, quod recte sanum est, extra lucam, surdam, mimam — id est ventre glabro — neque de pecore morboso esse, habereque recte licere, haec sic fieri spondesne? — Aehnlich für Rinder: Varro II 5, 11.

Haftung für Mängel wurde dann durch die Autorität der kurulischen Aedilen eine gesetzliche, welche sich zunächst nur auf Sklaven- und Viehverkäufe beschränkte, dann aber durch die Jurisprudenz allgemein ausgedehnt wurde. So gilt für das justinianische Recht Folgendes: Aus der rein subjektiven Verpflichtung des Verkäufers, die Sache so zu liefern, wie er es persönlich vermochte, war eine streng objektive geworden; er hat dafür aufzukommen, daß die Sache frei von verborgenen Mängeln ist, mag er selbst im Einzelfall die der Sache anhaftenden Fehler nicht kennen oder gar nicht kennen können: cf. l. 1 § 2 D. de aed. ed. 21, 1: vom Standpunkt des Käufers, heißt es dort, ist es gleichgültig, ob Nichtwissen (ignorantia) oder betrügende Schlauheit (calliditas) des Verkäufers der Grund ist, warum Käufer sich in den Eigenschaften der Kaufsache getäuscht sieht[70]).

Was sich hinsichtlich der Mängel aus der historischen Entwickelung ergiebt, gilt für dicta et promissa aus diesen speziellen Versprechen heraus: gehaftet wird immer einfach auf das Vorhandensein der versprochenen Eigenschaften. Freilich ergiebt sich aus der bonae fidei-Natur des Kaufes eine Modifikation in dem Umfange, nicht in dem Wesen der Haftung, je nachdem dolos Eigenschaften zugesichert, Mängel verschwiegen sind, oder dies bona fide ex ignorantia venditoris geschehen ist. Nur im ersten Falle wird für das Gesammtinteresse des Käufers, für jeden Schaden, der mit dem dolos verschwiegenen Fehler im Kausalzusammenhang steht, vom Verkäufer gehaftet.

Dieselbe historische Entwickelung sehen wir, wie schon angedeutet, bei der Haftung des Verkäufers für Eviktion. Zu-

---

70) Cf. auch l. 21 § 2 D. 19, 1. . . . tamen venditor teneri, quanti interest non esse deceptum [emptorem] etsi venditor nesciat; ähnlich l. 6 § 4 D. ibid.

nächst stand der Verkäufer nur dafür ein, daß er das Recht an der Sache so verschaffte, wie er es konnte. Später ließ sich dann der Käufer regelmäßig das habere licere versprechen und bedang sich für den Fall der Eviktion das duplum pretii aus. Darauf wurde, was zuerst auf speziellen Parteiabmachungen beruhte, zum naturale negotii. Freilich haftet er nach l. 11 pr. D. de ev. 21, 2 nicht propter futuros (d. h. nach Abschluß des Kaufvertrages entstandene) casus evictionis. Der objektiven Natur der Eviktionsverpflichtung widerspricht es nicht, daß Verkäufer dann nicht haftet, wenn es Schuld des Käufers ist, daß ihm die Sache entwehrt worden [71]).

Die Verpflichtungen des conductor rei und des Commodatars ähneln nach der für uns in Betracht kommenden Richtung einander sehr. In beiden Fällen behält der Eigenthümer, welcher die Sache hingiebt, juristischen Besitz und Eigenthum an derselben [72]). Man könnte daraus folgern, daß der Schuldner bei beiden Kontrakten, da er einen juristischen Erfolg nicht herbeizuführen hat, nur auf sorgfältiges Verhalten gegenüber der überlassenen Sache hafte. In der That besteht eine solche nach den oben für das Mandat aufgestellten Grundsätzen zu bemessende Haftung für die conductio rei, hinsichtlich des Commodats läßt sich zweifeln, ob nicht einige Juristen eine verschärfte Haftung angenommen haben.

Was die conductio rei anlangt, so gilt natürlich zunächst: conductor omnia secundum legem conductionis facere debet (l. 25 § 3 D. loc. cond. 19, 2); insofern kann

71) l. 56 § 3 D. de ev. 21, 2; cf. auch l. l. 27, 28 D. h. t. (Einreden aus der Person des Käufers erhoben).

72) l. 10 D. 41, 2, l. 8 D. 13, 6.

der Pächter auch die Haftung für Zufall, selbst vis major übernehmen: l. 9 § 2 D. h. t. Ist aber nichts Besonderes ausgemacht, so steht er nur ein für persönliches Bemühen und Können, freilich nach dem objektiven Maßstabe der diligentia boni patris familias [73]). Befindet er sich aber in dolo und culpa, handelt er z. B. vertragswidrig (contra legem conductionis), so haftet er absolut, kein casus befreit ihn, selbst vis major nicht: vergl. l. 11 §§ 1 u. 4, D. loc. cond. 19, 2 (Ulpianus) und l. 12 D. ibid. (Hermogenian.).

Was die Haftung des Commodatars anlangt, so scheint dieselbe zunächst, wie schon erwähnt, die gleiche zu sein, wie die des conductor rei. Dem entspricht auch die in l. 23 D. de R. J. 50, 17 von Ulpian gegebene Uebersicht über die Haftung bei den einzelnen Verträgen:

Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam: mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam.

Es bereiten jedoch einige Gajus-Stellen Schwierigkeiten: vergl. l. 1 § 4 D. de O. t. A. 44. 7 (Gajus libro secundo aureorum), l. 18 pr. D. Commodati 13, 6 (Gajus libro nono ad ed. prov.) und daneben noch § 2 J. III 14. (welche Stelle vielleicht aus den beiden vorigen Fragmenten gebildet worden ist) [74]). Dem unbefangenen Leser wird es nicht entgehen, daß hier eine über das normale Maß hinausgehende Haftung ausgesprochen ist [75]).

---

73) Quellenstellen bei Windscheid, Pand., II § 400 Note 21, und Dernburg II § 111 Note 23.

74) Die Stellen sind abgedruckt oben S. 9 und 10.

75) Vielfach wird freilich angenommen, daß hier nur ein Gegensatz von diligentia quam suis zur dilig. boni patris fam. vorliege. Ich finde dies nicht überzeugend. Es paßt auch nicht mit dem ‚sicut in rebus pignori

Gewiß ist auch bei der gewöhnlichen dilig. boni patris fam. der Maßstab ein abstrakter, individuelle Thorheit, persönlicher Leichtsinn wirken nicht befreiend. Immerhin aber bleiben die Machtmittel, welche den Menschen zu Gebote stehen, stets verschieden: ein König kann doch mehr aufbieten als ein Arbeiter, immerhin bleiben auch die geistigen Anlagen in hohem Maße verschieden: es kann jemand eine außerordentliche Umsicht bethätigen, zu welcher ein Anderer einfach unfähig ist, und schließlich kann doch für diligentia boni patris fam. nur redliches Bemühen innerhalb der individuellen geistigen und wirthschaftlichen Machtsphäre verlangt werden.

Gajus aber geht weiter: man haftet, si alius diligentior custodire poterit. Das Eigenthümliche aber an der Neuerung des Gajus besteht darin, daß scheinbar auch er nicht über culpa-Haftung hinausgeht: er schiebt nämlich die culpa-Grenze elbst weiter hinaus. Auch der culpa-Begriff ist bei ihm objektivirt [76]). Nur dann liegt keine culpa vor, wo überhaupt kein Mensch mehr leisten bezw. in Acht nehmen **kann** [Grenze menschlicher Macht [77]), Fälle der vis major], wo überhaupt

---

datis' der l. 18 pr. cit., welche Worte man mit ‚sicut in rebus societatis' emendiren will. Selbst Mommsen, Beiträge, III S. 361 Note 3 giebt zu: „es erscheine freilich, als wenn in diesen Stellen ein mehreres" als diligentia boni patr. fam. verlangt werde. Vergl. auch Pernice, Labeo, II S. 358 Note 52.

76) Vergl. auch l. 25 § 7 D. loc. 19, 2. Culpa autem abest si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset (Gajus libr. X. ad ed. prov.). Die Tendenz einer Verschärfung der Haftung durch Erweiterung des culpa-Begriffs findet sich auch sonst: cf. l. 1 § 5 D. 9, 1 (Ulpianus) und § 8 J. IV 3.

77) So hört bei Gajus Diligenz-Haftung (culpa) erst da auf, wo vis major anfängt, cf. l. 2 § 1 D. de per. et comm. 18, 6. . . . et puto eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut damnum fatale vel vis magna sit excusatum (Gajus libro II cott. rer.).

kein Mensch mehr Acht zu geben pflegt (fugae servorum, qui custodiri non solent). Nehmen wir noch folgendes Beispiel: Zwei Studenten, ein armer und ein begüterter, entleihen Bücher aus der Universitätsbibliothek. Auf dem Heimwege überrascht sie ein Regenschauer. Der eine fährt in der Droschke nach Hause, er bringt sein Buch wohlbehalten heim. Der andere sucht die von ihm entliehene kostbare Handschrift mit ängstlicher Sorgfalt unter seinem Rock vor dem herunterströmenden Regen zu behüten — vergebens. In seiner Wohnung angelangt, ist er vollständig durchnäßt und die Handschrift verdorben. Haftet dieser letztere? Als conductor rei würde er gewiß nicht haften, als Commodatar haftet er nach den Aussprüchen des Gajus zweifellos: denn alius diligentior custodire potuit: bei dem ersteren wäre sie nicht verdorben; er hätte sie besser in Acht nehmen können. Der von Gajus aufgestellten erhöhten Haftung des Commodatars liegt die verständige, nicht bei allen Obligationen durchgeführte ratio des römischen Rechts zum Grunde: demjenigen strengere Verpflichtungen aufzuerlegen, welcher etwas aus einem Vertrage unentgeltlich erhält [78]). Daher entscheidet sich Gajus in l. 18 pr. cit. für diese strengere Haftung auch nur für den Fall, daß alleiniger Nutzen für den Commodatar vorläge, sonst sei diligentia zu prästiren sicut in rebus pignori datis et dotalibus.

Immerhin müssen wir aber annehmen, daß es sich hier um eine Einzelansicht des Gajus handelt, welche sich später, als

---

78) Auch Ulpian erwähnt in l. 5 §§ 2 und 3 D. h. t. diese ratio, und auch hier scheint eine eigenthümliche Steigerung der Haftung anderen Kontrakten gegenüber gemeint zu sein. Während bei anderen Verträgen, wo das beiderseitige Interesse mitspielt — Kauf, Miethe — für dolus und culpa (wahrscheinlich ursprünglich nur culpa in faciendo) gehaftet werde, müsse der Commodatar aus dem genannten Grund für culpa und diligentia einstehen.

die culpa-Lehre ihren Abschluß erfahren, zur herrschenden nicht durchgerungen. Sonst würde Ulpian in der citirten l. 23 D. 50, 17 das Commodat nicht mit dem Mandat, Kauf- und Pfandkontrakt auf gleiche Stufe stellen. Vergl. auch l. 5 § 3 D. Commod. 13, 6. Andererseits ist es sehr erklärlich, solange die Entwicklung des Diligenzmaßstabes noch im Fluß war, daß da der eine oder andere Jurist wie Gajus über das später als richtig empfundene normale Maß der diligentia boni patris fam. hinausging und den culpa-Begriff allzu sehr hinaufschrob. Julian, sein älterer Zeitgenosse von derselben Schule, steht auf ganz anderem, weit milderem Standpunkt. Nach l. 19 D. h. t. (Julianus prim. libr. digestorum) steht der Commodatar nie für Schaden ein, der von einem Fremden der Sache zugefügt ist: qua enim cura aut diligentia consequi possumus ne aliquis damnum nobis injuria det? Vergl. auch l. 20 ibid. (Julianus libr. III° ad Ursejum Ferocem).

Uebrigens hat der Commodatar, falls er sich in Schuld befindet, alsdann jeden infolgedessen eintretenden Schaden, selbst vis major, zu vertreten [79].

Sehr scharf tritt die im vorigen Abschnitte hinsichtlich der Natur der Obligation gemachte Unterscheidung hervor in der locatio conductio operis und operarum: bei der locatio cond. operarum vermiethe ich meine persönliche Arbeitskraft auf bestimmte Zeit (loco operas), bei der conductio operis übernehme ich einen bestimmten Erfolg, ein Arbeitsprodukt, herbeizuführen (conduco opus). Ist es daher schon durchaus

79) l. 18 pr. D. 13, 6, l. 1 § 4 D. 44, 7, § 2 J. III 14.

begründet, wenn Dernburg[80]) die l. c. operis als selbständige Vertragsart neben die loc. cond. operarum stellt und nicht wie Manche als Spezialfall der letzteren subsumirt, so wird eine Trennung beider Kontraktsarten bei der Unmöglichkeitslehre geradezu nothwendig. Die Verpflichtung des locator operarum ist ihrer ganzen Natur nach eine durchaus subjektive; es kann daher auch der Maßstab der befreienden Unmöglichkeit nur subjektiv sein: habe ich meine Dienste jemandem zur Verfügung gestellt und meine persönliche Arbeitskraft cessirt aus irgend welchen Gründen ohne meine culpa, dann bin ich eben frei[81]). — Ganz anders die Verbindlichkeit des cond. operis, sie ist ihrer Natur nach objektiv. Schuldner macht sich anheischig, einen gewissen Effekt zu erzielen: folglich wird er normaler Weise nur frei durch Erreichung desselben, ob er nun persönlich dazu im Stande ist[82]) — subjektive Unmöglichkeit nach Windscheid'scher Terminologie — oder nicht, ist ganz gleichgültig und befreit ihn nicht, sofern ein Anderer leisten konnte. Nur Thatsachen, schädigende Ereignisse, welche dem Menschen überhaupt die Leistung unmöglich machen (casus), befreien ihn. Es befreit ihn im Allgemeinen gewöhnlicher casus, nicht erst der qualifizirte casus der vis major, wie wir ihn beim receptum nautarum etc. kennen lernen werden. Das geht klar hervor aus l. 3 § 1 D. naut. caup. stab. 4, 9, wo Ulpian auf Grund von Pomponius berichtet, das receptum statuire die strenge Haftung auch für Zufall, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis

---

80) Dernburg, Pand., II § 113 Note 2.

81) Daß dann nach dem Satze periculum locatoris est auch der Anspruch auf den Miethspreis fortfällt, kommt für uns nicht in Betracht.

82) Soll der conductor operis rein persönlich ein Arbeitsprodukt schaffen, dann ist natürlich die ganze Obligation subjektiv.

hoc genus hominum, dies Ziel werde bei der locatio conductio nicht erreicht.

Ein Ausfluß aus der objektiven Natur der Verbindlichkeit des conductor operis ist der Rechtssatz, daß derselbe unbedingt einsteht, auch für Verschulden seiner Gehülfen. Was für Mittel der conductor zur Fertigstellung seines opus anwendet, ob er Gehülfen zuzieht oder nicht, und wenn er nach der Natur des opus Gehülfen zuziehen muß, welche er dann zuzieht, kann im Allgemeinen dem Arbeitgeber gänzlich gleichgültig bleiben: er hat dabei auch gar nichts hineinzureden. Der Schneider, dem ich ein Stück Tuch gebe, damit er mir ein Beinkleid anfertigt, wird es sich nicht gefallen lassen, wenn ich ihm Vorschriften darüber machen wollte, welche Gesellen er nicht daran arbeiten lassen solle ꝛc. Aber andererseits muß er das Kleidungsstück fertig und ordnungsgemäß liefern, er kann sich nicht darauf berufen, daß die Arbeit ohne eigenes Verschulden, und ohne daß ihn irgend welche culpa in eligendo träfe, durch einen Gehülfen vernichtet, verpfuscht sei. — Das Gesagte findet seine Bestätigung in der bekannten l. 25 § 7 D. locati cond. 19, 2 (Gajus).

Qui columnam transportandam conduxit si ea dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit ita id periculum praestat si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit. Culpa autem abest si omnia facta sunt quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem scilicet intellegemus et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit, idemque etiam ad ceteras res transferri potest.

Die Gegner [83]) haben aus eorumque geschlossen, daß nur, wenn der Gehülfe neben dem Unternehmer in Schuld

83) Goldschmidt, Zeitschrift f. Handelsrecht, Bd. 16 S. 355, und Windscheid, Pand., II § 401 Note 5.

sei, die Haftung des letzteren Platz ergreife. Sehr richtig wendet aber Dernburg[84]) dagegen ein, daß ja danach der Unternehmer für eigene Schuld nicht haften würde, wären nicht auch zugleich seine Gehülfen in culpa. Vielmehr ist der Schuldner zum Schadenersatz verpflichtet sowohl in dem einen als dem anderen Falle. Daß das ‚que' in solchen Stellen synonym ‚ve' ist, darüber vergl. l. 29 D. de V. S. 50, 16. Auch von einer culpa in eligendo, welche Windscheid annimmt, spricht die Stelle nicht. Bedeutsam ist übrigens der Schluß der l. 25 cit., wo die Haftung für Handlungen der Gehülfen ausdrücklich auf andere Fälle der cond. operis ausgedehnt wird.

Wenn nun im Allgemeinen der conductor operis durch einfachen casus frei wird, so kann im Einzelfall durch Parteiverabredung die objektive Haftung verschärft werden; er kann das periculum rei übernehmen, wie der nauta und caupo es muß. Die Quellen berichten in l. 14 § 17 i. f. D. de furtis 47, 2 von einem solchen Fall, wo ein nuntius das perferre epistolam gegen Entgelt übernommen hat. Stets ist diese gesteigerte Haftung für den fullo und sarcinator begründet, sie haften bis zur höheren Gewalt[85]).

Der fullo hat z. B. nach l. 13 § 6 D. loc. cond. 19, 2 (Ulpian) für Mäusefraß (Fall des niederen Zufalls) einzustehen. Aus dem kategorischen Ton dieses Fragments (ex locato tenetur, quia debuit ex hac re cavere) geht hervor, daß er nicht bloß bis zur Grenze der Diligenz haftet, soweit er hätte abhalten können, soweit er hätte Vorkehrungen treffen können, sondern muß einfach ohne Rücksicht darauf Unfälle dieser Art vertreten. Gajus (Instit. III § 205, 206) läßt außer dem fullo auch den sarcinator für

84) Dernburg, Pand., II § 38 Note 8.

85) In dieser Beziehung sind die Ausführungen Baron's (a. a. O. S. 226, 227, 252 fg.) überzeugend.

furtum[86])[87]) aufkommen mit der Begründung, weil beide custodia zu prästiren hätten. Endlich wird in l. 5 D. 4, 9 der fullo und sarcinator dem nauta etc. an die Seite gestellt, weil sie dieselbe[88]) custodia zu prästiren haben. Was ist custodia? Es erscheint zweckmäßig, an diesem Orte zu bemerken, was für unsere Darstellung in Betracht kommt.

Custodia heißt die auf Bewachung einer körperlichen Sache gerichtete Thätigkeit. Man hat in neuer Zeit lebhaft die ältere von Hasse (und auch noch von Windscheid) vertretene Ansicht bestritten, nach welcher die custodia eine species diligentiae sei, und es ist auch nach l. 1 § 5 D 44, 7, l. 1 pr. D. 16, 1 nicht zweifelhaft, daß es eine custodia ohne diligentia giebt. Wenn aber die custodia keine Art der Diligenz ist, so ist sie doch eine der vielen Thätigkeiten, in welcher sich die normale Sorgfalt des ordentlichen Mannes äußern kann[89]). So kommt es denn häufig in den Quellen vor, daß die letztere bezw. die derselben entsprechende Haftung durch das ἓν διὰ δυοῖν diligentia et custodia, oder custodia et culpa, oder wie in l. 5 § 15 D. commod. 13, 6 den ganzen Haftungskreis beleuchtend: dolum et culpam et

---

86) Auch hinsichtlich des furtum ist der Schuldner nicht unbedingt schuldfrei, würde hier die herrschende subjektive Lehre, welche nur für culpa haften lassen will, einwenden. Gewiß ist er es nicht (er ist z. B. in Schuld in der von Baron citirten l. 48 § 4 D. 47, 2); aber ebensowenig ist er, was freilich Löhr behaupten wollte, bei jedem ihn treffenden furtum culpos, und die angeführten Stellen statuiren die Haftung für furtum überhaupt, nicht nur für den Fall des Verschuldens, was selbstverständlich wäre.

87) Auch nach l. 60 § 2 D. 19, 2 haftet der fullo für furtum. Vergl. hierüber Gradenwitz, Interpolationen, S. 29.

88) Anders Brinz und Windscheid. Windscheid ist schwankend: vergl. Pand., II § 401 a. E.

89) Dies giebt Brinz, welcher jene ältere Ansicht als einer der ersten bekämpft hat, auch selbst zu: vergl. Pand., II S. 265 bei Note 18.

diligentiam et custodiam praestare debere bezeichnet wird. Wird so die custodia häufig verwendet, um die bei den einzelnen Verträgen zu leistende und in der Thätigkeit des Bewachens sich äußernde diligentia boni patr. fam. zu bezeichnen, so kann sie auch Gegenstand besonderen Vertrages sein. Alsdann sind wieder zwei Möglichkeiten zu unterscheiden: entweder jemand verspricht, sei es unentgeltlich (wenn Hauptvertrag: Mandat, l. 1 § 12 D. depositi 16, 3) oder entgeltlich (wenn Hauptvertrag: loc. cond. operarum), seine persönliche Diligenz in der Ueberwachung anvertrauter Sachen auf bestimmte Zeit (ut custodiam); oder — und das ist das Häufigere — der Schuldner übernimmt objektiv die Garantie, daß die Sachen heil bleiben (ut res custodiatur). Ist dies letztere, daß die Sachen unversehrt wieder abgeliefert werden, übernommen, dann ist, dem Zwecke des Vertrages entsprechend, hier die objektive Haftung strenger als bei den übrigen Obligationen, welche auf einen bestimmten Erfolg gehen. Schuldner haftet für furtum oder auch für niederen casus überhaupt bis zur höheren Gewalt. Da diesen Grad der Haftung die nautae, caupones, stabularii zu vertreten haben, so sprechen die Quellen auch bezüglich ihrer von einer custodia-Haftung für die eingebrachten Sachen. Beim receptum tritt die custodia kraft Gesetzes ein. Sonst wird die objektive[90]) custodia nur vertragsmäßig theils als Hauptvertrag (loc. cond. operis, das zu leistende opus ist, daß die Sachen heil bleiben; arg. l. 40 D. loc. cond. Qui mercedem accipit pro custodia alicujus rei, is hujus periculum custodiae praestat), theils als Nebenvertrag übernommen: stillschweigend geschieht die auch beim fullo und sarcinator. Stillschweigend geschieht dies auch beim horrearius bezw. dominus horreorum. Es wurde

90) Anders die Baron'sche Terminologie.

nämlich in Rom ein Gewerbe damit betrieben, Speicher, welche von angestellten custodes überwacht wurden, ganz oder theilweise zu vermiethen an Leute, welche ihre Kostbarkeiten sicher aufbewahrt wissen wollten[91]). Daß der locator horrei bis zur höheren Gewalt hafte, ist unbestritten: effracturam latronum, welche in c. 1 Cod. de loc. 4, 65 ganz richtig der höheren Gewalt an die Seite gestellt wird, braucht der horrearius nicht zu prästiren. Er konnte aber natürlich auch hierfür die objektive custodia-Haftung vertragsmäßig übernehmen (c. 4 § 2 Cod. 4, 65, l. 55 pr. D. 19, 2). Das wäre also Haftung für einen Spezialfall der vis major; daß der horrearius in diesen letzten Stellen auch Haftung für andere Fälle der vis major übernommen hätte, wird nicht anzunehmen sein. Die angeführten Stellen zeigen übrigens, daß — abgesehen vom receptum — auch bei der objektiven custodia der Grad der Haftung nie überall gleich ist, es ist vielmehr immer von Fall zu Fall zu untersuchen, eine wie weitgehende Haftung die Parteien bei dem Einzelgeschäft übernommen wissen wollten[92]).

Nachdem wir unser im vorigen Abschnitt aufgestelltes Prinzip an einzelnen Obligationen durchgeführt haben, kommen wir am Schlusse dieses Abschnittes zum receptum nautarum etc. D. 4, 9.

Die strenge Haftung der nautae, caupones, stabularii bis zur höheren Gewalt ist allgemein anerkannt; sie ist auch nicht wegzuleugnen, da sie durch positive Rechtsnorm, durch das prätorische Edikt festgelegt ist. Die Verbindlichkeit der nautae etc. ist eine streng objektive:

---

91) Vergl. Baron, a. a. O. Bd. 52 S. 46 fg.

92) Vergl. noch Dernburg, Pand., II § 37 Note 8.

arg. l. 1 pr. D. 4, 9 (Ulpian. libr. XIV° ad ed.). Ait praetor: Nautae caupones stabularii quod cujusque salvum fore receperint nisi restituent in eos judicium dabo.

Der Prätor spricht damit die unbedingte Haftung der Schiffer und Wirthe aus: sie stehen ein für das Resultat, daß die rezipirten Sachen heil bleiben, widrigenfalls Ersatz zu leisten ist. Von einem Eingehen auf culpa, von einer Würdigung des konkreten Falles ist keine Rede. Auch dem allgemeinen Billigkeitsgrundsatz casus a nullo praestantur wird nicht Raum gegeben. Nach dem Wortlaut des Edikts haftet der Schuldner absolut gleich einem Versicherer. Wahrlich ein exorbitanter Rechtssatz, der nur als Nothgesetz des Prätors bei der Unsicherheit der republikanischen Zeit[93]) zu verstehen ist. Ob vor dem Erlaß des Edikts die einkehrenden Gäste regelmäßig einen ausdrücklichen Garantievertrag über das salvum fore der Güter geschlossen haben, ist bestritten[94]). Jedenfalls wird die Haftung nach Erlaß des Edikts eine gesetzliche gewesen sein, die stets eintrat, nicht eine solche, die nur auf Grund eines pactum praetorium übernommen werden konnte, nicht übernommen zu werden brauchte[95]). Später

---

93) Nach Dernburg ist die Entstehung des Edikts in die Zeit des 6. Jahrhunderts der Stadt zu verlegen.

94) Dafür Pernice, Labeo, II S. 347 (Garantie vom Wirth auf sein Treuwort [fides] hin durch Nebenvertrag übernommen); ähnlich Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts (3. Aufl.), Bd. 1 S. 93; vergl. auch Goldschmidt, Zeitschrift f. Handelsrecht, III S. 99 (Garantie durch einseitige formelle Erklärung — recipio — des Wirthes übernommen). — Dagegen Dernburg, Pand., II § 39 Note 3, und Baron, a. a. O. S. 239.

95) Für die Annahme eines pactum praetorium ist Ude, Zeitschrift f. Rechtsgeschichte, Bd. 25 (Zeitschrift der Savigny=Stiftung, Rom. Abth., Bd. 12) Nr. IV, und Schneider, a. a. O. S. 83 fg., dagegen Baron, a. a. O. S. 239.

trat eine Milderung ein[96]). Die objektive Haftung ist nicht mehr ganz absolut, zwar befreit kein gewöhnlicher casus, aber für gewisse schädigende Ereignisse braucht auch der Schiffer und Wirth nicht aufzukommen, er kann eine exceptio vis majoris geltend machen: vergl. l. 3 § 1 i. f. D. h. t. hoc edicto omnimodo qui recepit, tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis major contigerit.

Ob die exceptio vis majoris durch Labeo's Ansehen eingeführt ist, wie die herrschende Lehre annimmt, ist zweifelhaft[97]). Wofür nach Einführung der exceptio vis majoris die nautae noch haften, ist ebenfalls nicht unbestritten[98]). Das Richtige wird sein, daß sie hinsichtlich des rezipirten Gutes aufzukommen haben nicht nur für Schuld (Delikte) ihrer Leute, sondern überhaupt für die Handlungen derselben wie auch für Beschädigungen und Diebstahl, mögen sie von Passagieren oder Dritten ausgehen. Kurz, sie haften ohne Rücksicht auf Schuld oder Nichtschuld, sofern sie nicht beweisen, daß höhere Gewalt (vis major, damnum fatale) ihnen die Rückgabe überhaupt

---

96) Daß die exceptio vis majoris in dem Edikt selber schon gestanden, wird nach dem durch Ulpian uns überlieferten (freilich korrumpirten) Ediktstext nicht anzunehmen sein. Baron will „in geziemend freier Weise" das nisi restituent interpretiren, danach könnte „allerdings die höhere Gewalt als im Edikt ausgenommen gelten".

97) Vergl. dagegen Baron, a. a. O. S. 244, Schneider, S. 93 Note 17.

98) Goldschmidt (ebenso Gerth) will nur für Delikte des Personals und der Passagiere den Unternehmer unbedingt haften lassen, bedingt für die von Dritten begangenen Handlungen (Zeitschrift f. Handelsr., III S. 94, 115). Vergl. dagegen Brinz, Pand., II § 269 Note 34, und Pernice, Labeo, II S. 348 f., insbes. Note 13.

oder die unversehrte Rückgabe unmöglich gemacht hat. Was unter diesen befreienden Ereignissen des Näheren zu verstehen sei, wird im folgenden Kapitel auszuführen sein.

VI.

Für das Freiwerden des Schuldners durch Unmöglichkeit der Leistung unterschieden wir also zwei große Gruppen von Obligationen. Bei der einen Gruppe hatte der Schuldner für rein persönliches Können, bei der anderen objektiv für den Erfolg einzustehen. Immerhin gab es aber schließlich eine Grenze, über die hinaus der Schuldner nicht zu leisten, auch Schadenersatz nicht zu prästiren brauchte. Diese Grenze bildete, dem Billigkeitsgrundsatz entsprechend, die Unmöglichkeit der Leistung. Es ist klar, daß nach dem ganzen verschiedenen Inhalt dieser beiden Obligationsgruppen auch der Unmöglichkeitsmaßstab verschieden sich gestalten mußte. Im ersteren Falle ist alles individuell, alles auf den konkreten Schuldner, auf das einzelne Schuldverhältniß zugeschnitten, die Diligenz-, die culpa-Haftung, das Streben nach dem Erfolg tritt in den Vordergrund, der von den Parteien beabsichtigte, ökonomische Effekt selbst in den Hintergrund. Hat der Schuldner sein persönliches Können aufgewendet und den mehr oder minder großen Diligenzgrad prästirt, so hat er, wie wir sahen, eigentlich schon erfüllt: eine Haftung über persönliches Können hinaus wäre daher ein logischer Widerspruch. — Ganz anders die Grenze bei der zweiten Gruppe! Wie die Natur der Obligation hier eine objektive ist, muß auch die befreiende Unmöglichkeit dementsprechend objektiv sein. Nicht was mir persönlich unmöglich — theils meinen eigenen Kräften, theils den Kräften meiner Gehülfen — sondern was „dem Menschen überhaupt" die Leistung unmöglich macht, kann befreien. Hier

fanden wir den Begriff des casus[99]) [100]) vor und das Anwendungsgebiet der regula juris: casus a nullo praestantur. Der Begriff des casus ist objektiv; er enthält vorzugsweise zwei Elemente: das Begriffsmerkmal des Zufalls und das des Unfalls[101]), des Untergehens. Beide Momente sind für die endgültige Befreiung des Schuldners durch Unmöglichkeit von Bedeutung; der Nachdruck liegt aber auf dem zweiten, ganz dem auch sonst römischen Sprachgebrauch entsprechend (cadere = fallen, umfallen, untergehen). Auch das erste Moment wirkt mit. Was zufällig geschieht, dafür braucht man nicht einzustehen. Doch was ist Zufall? „Zufall ist alles und nichts" [102]). Gewiß! besäßen wir eine göttliche Allwissenheit, so gäbe es keinen Zufall und die uns nunmehr verborgene Kausalitäts-Reihe läge offen zu Tage. Zufall ist also stets etwas Relatives, unserer menschlichen Unvollkommenheit gemäß. Wir bezeichnen damit etwas Unerwartetes, etwas Unvorhergesehenes, etwas Unvorhersehbares (Unabwendbares). Was ist aber unvorhersehbar, was muß vorhergesehen werden? Damit kommen wir auf den Diligenz-Maßstab, und in allzu scharfer Betonung dieses Momentes verfallen wir in den Fehler der gesammten

---

99) Vergl. für das Folgende die treffliche Darstellung von Brinz, Pand., II § 276.

100) Es soll im Folgenden nur vom Einfluß des casus auf das Privatrecht, insbesondere auf schon begründete Schuldverhältnisse die Rede sein. Eine andere Bedeutung hat das Wort im Strafrecht, wo es sich fragt, ob eine Handlung dem Thäter zugerechnet werden soll oder nicht und wo alsdann der casus die letztere Gruppe von Handlungen bezeichnet, mithin auch fahrlässige eigene Handlungen des Thäters „kasuell" genannt werden: vergl. Pernice, Labeo, II S. 372ff. Pernice will a. a. O. den civilrechtl. und strafrechtl. casus auf einen einheitlichen Gesichtspunkt zurückführen.

101) Brinz, a. a. O.: „casus bezeichnet einen durch Zufall eintretenden Unfall."

102) Stintzing, a. a. O. S. 455.

herrschenden Lehre, alles das als casus zu bezeichnen, was ohne Schuld eintritt oder gar das als casus zu betrachten, wofür der Schuldner nicht aufzukommen hat. Sonach wäre casus etwas rein Negatives. Legen wir aber auf den genannten Punkt das Hauptgewicht und stellen casus in Gegensatz zur culpa, so haben wir der Subjektivität Thür und Thor geöffnet, und es dürfte nimmer gelingen, einen einheitlichen casus-Begriff und noch viel weniger einen brauchbaren Begriff des major casus (vis major) zu finden. Die Frage: Was hätte der Schuldner schließlich abwenden können, welche Vorsichtsmaßregeln hätte er aufbieten sollen? verdirbt uns alles. Dann gelangen wir bei der Bestimmung der vis major auf den Maßstab der außerordentlichen Diligenz, deren Unterlassung allerdings keine culpa sein soll, weil culpa levissima verworfen wird, wo man aber doch culpa fingirt. Mit dem Meßmittel der außerordentlichen Diligenz ist natürlich, wie Exner schlagend nachgewiesen, nichts zu machen, und die meisten Schriftsteller kommen, und wenn sie das Außerordentliche in der Sorgfalt noch so sehr betonen, langsam und unmerklich zur diligentia boni patris familias wieder zurück[103]). Das Urgiren dieses subjektiven Momentes entspricht vor allem aber gar nicht Quellen. Wie reimt sich mit der herrschenden Definition: casus sei ein unverschuldetes und vom Willen des Schuldners völlig unabhängiges Ereigniß[104]), der in den

103) Vergl. Gerth, a. a. O. — M. E. ist darin das Verdienst dieses Schriftstellers zu sehen, daß er mit besonderer Ausführlichkeit die einzelnen Theorien der modernen Schriftsteller durchgeht und an jedem für sich nachweist, daß derselbe schließlich nicht Haftung bis vis major und für niederen casus, sondern für einfache culpa verlangt.

104) Es dürfte nicht ohne Interesse sein, einige Beläge aus der der Literatur hier anzuführen:

Windscheid, Pand., § 264 Note 5. „Man pflegt . . . den Satz auch wohl so auszudrücken: der Schuldner haftet nicht für Zufall. Aber

Quellen so vielfach bezeugte Satz, daß casus durch culpa des Schuldners, selbst dolus veranlaßt sein kann [105]), und die in den Quellen, wenn von dem Freiwerden des Schuldners durch

---

damit ist nichts Neues gesagt, sondern eben nur das Negative, daß der Schuldner nicht haftet, wenn ihn in Betreff der Unmöglichkeit keine Schuld trifft."

Regelsberger, Pand., I S. 648. . . . „und eine Verletzung, die dem Handelnden nicht einmal als fahrlässig auf die Rechnung gestellt werden kann, beruht auf Zufall (casus)."

Wächter, Pand., § 88 (S. 459): „Zufall ist nämlich die Negation der Schuld, also jedes schadende Ereigniß, das im vorliegenden Falle dem Subjekte von dem die Rede ist, nicht zur Schuld zu rechnen ist". — Dagegen S. 460: „Eine Ausnahme aber macht der sog. casus mixtus, für welchen man allerdings privatrechtlich haften muß";

Wendt, Pand., S. 518. „Das Gebiet des casus ist nun mit Rücksicht auf die von der Obligation selbst hervorgerufenen Diligenzpflichten des Schuldners so abgegrenzt, daß ein jedes Ereigniß, welches vom Schuldner selbst verursacht und von ihm zu verantworten ist, oder welches von ihm hätte abgewendet werden können (!) und sollen, dem casus gegensätzlich gegenübersteht, so daß erst, wo die Verantwortlichkeit aufhört, das Reich des casus beginnt."

Sintenis, Civilrecht, Bd. 2 S. 342: „Mit culpa levis schließt der Begriff der culpa ab, und jenseits derselben beginnt das Gebiet des Zufalls."

Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. I S. 284. „Zufall, casus heißt ein Ereigniß, insofern kein Grund vorhanden ist, der eine Zurechnung desselben, namentlich eine Zurechnung zur Schuld, rechtfertigen könnte."

Ganz auf dem gerügten subjektiven Standpunkt stehen die Ausführungen von Gerth und Bruckner.

Gerth, a. a. O. S. 9. „Casus ist jedes Ereigniß, welches durch Diligenz nicht abwendbar war."

Bruckner, a. a. O. S. 256. „. . . . Casus existirt daher auch für die Quellen immer nur als negativer (die Schuld verneinender) Begriff, als ein Begriff, der sich immer erst im konkreten Falle durch Feststellung des Nichtvorhandenseins von Schuld ergiebt."

105) l. 18 pr. D. commodati 13, 6, l. 1 § 4 D. de O. et A. 44, 7 § 2 J. quib. mod. r. contr. obl. III, 14, l. 23. D. de R. J. 50, 17, l. 52 § 3 D. pro socio 17, 2, l. 9 § 4 D. loc. 19, 2.

casus die Rede ist, immer vorsichtig beigefügte Klausel „nisi culpa ejus interveniat (intervenerit)“? Das erkennt man denn auch trotz der obigen Definition ruhig an[106]). Man spricht von casus mixtus, ohne auf den Widerspruch zu achten. Dazu kommt, daß es dem casus-Begriff durchaus widerstrebt, sich den einzelnen verschiedenen Diligenz-Maßstäben anzupassen. — Richtig ist nur Folgendes, daß der Begriff des Zufälligen, des Unverschuldeten insofern mitwirkt, als das als casus bezeichnete Ereigniß seinen Ursprung unabhängig von dem Willen des Schuldners nehmen muß. So wird der Begriff des casus, des fortuito dem voluntate agere entgegengestellt. Handlungen des Schuldners selbst, mag er sie zu vertreten haben oder nicht, mögen sie bona oder mala fide vorgenommen sein, mögen sie absichtlich oder unbewußt (fahrlässig) geschehen, werden nie als casus bezeichnet[107]). So ist casus ein schädigendes Ereigniß, dessen Ursachen unabhängig von dem Willen des Schuldners begründet liegen, dessen schädigende Richtung auf sich, auf sein Kontraktsverhältniß aber von dem Schuld-

106) Am eklatantesten sind die Widersprüche bei Mommsen. Vergl. Beiträge, I S. 332: „Casus ein Ereigniß, in Betreff dessen dem Debitor kein von ihm zu vertretendes Verschulden zur Last fällt.“ S. 342: „Casus bezeichnet ein Ereigniß, welches ohne alle direkte oder indirekte Mitwirkung des Schuldners eingetreten ist.“ — Dagegen ganz kurz darauf S. 243: „. . . Auf der anderen Seite werden manche Fälle verschuldeter Unmöglichkeit durch den Ausdruck casus mitbefaßt“ (!!). — Selbst Brinz hat den Widerspruch nicht vermieden, vergl. a. a. O. S. 314: „Kein casus ist mithin der Unfall, der auf einer noch so leichten Schuld des Onerirten beruht“; und ebendaselbst: „Eine Mischung von casus und culpa ergiebt sich, wo der Obligirte die Sache schuldhafter Weise in die Lage gebracht hat, in der ihr der casus zugestoßen ist.“

107) cf. l. 33 § 1 D. de solut. 43, 6 einerseits, l. 53 § 3 D. de leg. I°, l. 91 § 1, l. 96 D. de V. O. 45, 1 andererseits — Kein casus ist es mithin, wenn der Onerirte sich durch seine freie Handlung in die Lage versetzt, die legirte Sache nicht leisten zu können. Vergl. Note 65.

ner dolos oder kulpos herbeigeführt sein kann. Als Schuld bezeichnen es dann die Quellen auch regelmäßig, wenn der Schuldner zwar dem konkreten Unfall gegenüber keine vom sorgfältigen Manne zu erwartende Diligenz außer Acht gelassen, sich aber den Kontraktsabmachungen[108]) entgegen überhaupt in die Lage versetzt hat, daß ihn ein solcher Unfall treffen konnte. (Beispiel der Quellen von dem Commodatar, der sich Silberzeug zu einem Festessen geliehen und damit über Land fährt, wo Räuberbanden hausen.)

Es ist also mehr Gewicht zu legen auf das erste Moment, auf das Begriffsmerkmal des Untergehens. Insofern wird in den für uns in Betracht kommenden Fällen (Einfluß des casus auf bereits begründete Schuld-Verhältnisse) dieser Ausdruck, wie Brinz nachgewiesen hat, namentlich da gebraucht, wo es sich um objektive Sachleistungen handelt. So ist gerade der casus bei unseren objektiven Obligationen (obligatio auf dare, objektive Verpflichtung auf restituere, loc. cond. operis — das opus ist das Sachobjekt, auf welches sich der casus richtet —) von großem Gewicht, und andererseits ist der casus ohne Bedeutung für die subjektiven Schuldverhältnisse. Habe ich mein persönliches Können aufzuwenden und aufgewendet, so braucht noch lange kein casus vorzuliegen: so beim Mandat, so namentlich beim depositum. Auf diese Weise erklärt es sich, daß in dem Pandektentitel depositi vel contra

---

108) cf. l. 13 § 3, l. 11 §§ 1, 4 D. loc. 19, 2. Insofern liegt also eine Haftung sogar für vis major vor. Wer von den Vertragsberedungen abweicht, hat das Risiko der daraus etwa resultirenden Unfälle allein zu übernehmen. So würde der Schiffer, der eine andere Route, als abgemacht, einschlüge, für vis piratarum und naufragium einzustehen haben. Der im Falle der mora zugelassene Nachweis, daß das Leistungsobjekt in der Hand des Gläubigers von demselben Geschick ereilt wäre, dürfte hier eine befreiende Wirkung nicht haben.

16, 3 niemals von einem casus die Rede ist [109]), auch wenn der Schuldner bis zu der von ihm zu prästirenden Grenze geleistet d. h. sich keiner culpa lata schuldig gemacht hat [110]). Da aber der casus sich auf den Untergang der Sache allein bezieht, so finden wir dieses Wort auch beim Commodat und und bei der conductio rei, obwohl hier des Schuldners Verpflichtung, wie wir sahen, an sich nur auf diligentia gerichtet war. Hier ist nämlich unmittelbarer Gegenstand des casus nicht die in obligatione seiende Pflicht zur Sorgfalt in der Bewachung der Sache, sondern die nicht in obligatione befindliche Sache selbst [111]). Daß stets ein Untergang oder Verderb vorliegen muß, wie Brinz (§ 278 Ziff. 2) will, wird nicht anzunehmen sein. Auch Entwendung durch Raub und Diebstahl wird man hierherrechnen müssen. Das furtum ist freilich nur selten in den Quellen als casus bezeichnet (cf. § 3 a J. III 23 und l. 30 pr. D. ad. leg. Falcidiam 35, 2). Dagegen gehören latrocinium, vis piratarum und incursus hostium zu den häufig erwähnten Fällen des major casus. Alle diese Fälle werden dem wirklichen Untergang gleichgestellt (l. 35 § 4 D. de contrah. emptione 18, 1 „si res per furtum perierit"), obwohl, streng genommen, nicht einmal von absoluter Unmöglichkeit die Rede sein kann, da ja, solange die Sache noch in rerum natura, eine Wiedererlangung stets möglich ist.'

Neuerdings hat Baron a. a. O. aus dem Begriff des casus die Handlungen dritter Personen, soweit sie nicht geradezu unzurechnungsfähig sind, ausscheiden wollen. So

109) Die Quellen bedienen sich hier negativer Ausdrücke: l. 1 § 21 D. h. t. „sine dolo malo amissa", § 22 „non dolo facere", § 25 „sine dolo malo postea perire", § 32 „quia nullus dolus intercessit" l. 3 „non caret culpa", cf. l. 10 und insbes. l. 32.

110) Unrichtig Bruckner, a. a. O. S. 257 Note 2.

111) Brinz, Pand., II S. 313.

seien auch die Fälle der höheren Gewalt, wie vis piratarum, latrocinium an sich keine Fälle des casus; man bezeichne sie eben richtiger nicht als casus major, sondern als vis major, sie hätten mit den eigentlichen casus majores, den Naturereignissen, nur das Merkmal der Unüberwindlichkeit gemein, und deshalb seien sie mit ihnen zu demselben Begriff zusammengefaßt. — Unseres Erachtens ist kein Grund vorhanden, diese schädigenden Unfälle, welche von der Hand Dritter rühren, nicht unter dem Begriff des casus mitzuumfassen. Nicht mit Unrecht sind dieselben in den Quellen daher, wenn unüberwindlich, als major casus [112]), wenn überwindlich (furtum), als casus bezeichnet. Denn vom Standpunkt dessen, den eine solche Schädigung trifft, ist es ganz gleichgültig, ob sie durch Naturereignisse hervorgerufen, oder ob sie von Menschenübermacht bewirkt ist bezw. von irgend einem frivolen Eingriff eines Dritten, vielleicht gänzlich Unbekannten, ausgeht.

Wir sahen im Vorigen, daß der casus als Unmöglichkeitsgrenze eine Rolle nur spielt bei den sog. objektiven Obligationen, nicht bei solchen, die auf persönliches Bemühen gehen. Die letzteren scheiden also jetzt für uns aus. Gemeinsam ist nun allen objektiven Obligationen — mag einfacher casus, mag major casus die Haftgrenze bilden, mag endlich die Haftung, durch keine Unmöglichkeit gehoben, bis zur gänzlichen Gefahrtragung sich steigern [113]) —, das einseitige intensive Insaugefassen des Ziels. Damit ist das Zurücktreten der persönlichen

---

112) Nur von casus majores, nicht von vis major sprechen die oft citirten l. 1 § 4 D. 44, 7, l. 18 pr. D. 13, 6 obwohl hier auch latronum hostiumve incursus und piratarum insidiae aufgeführt sind.

113) So ursprünglich nach dem in l. 1 pr. D. 4, 9 uns von Ulpian überlieferten Text das prätor. Edikt, auch vertragsmäßig kann Haftung selbst für vis major übernommen werden, cf. l. 1 Cod. 4, 23, l. 9 § 2 D. 19, 2.

Beziehungen gegeben, die individuellen Fähigkeiten des Schuldners kommen nicht in Betracht; ein fieri, ein restituere ist versprochen, kein agere quantum possum. Wenn also der Schuldner, verklagt auf Stichum servum dare, und der caupo, verklagt auf restituere des rezipirten Guts, lediglich erwidern und beweisen, sie hätten sich redlich Mühe gegeben, dem klägerischen Begehren nachzukommen, so verhandeln sie gar nicht zur Sache. Der versprochene bezw. ex lege übernommene Inhalt der Obligation geht auf den Effekt, und lediglich der Nachweis der Diligenz befreit weder im ersteren noch im letzteren Falle. Die Haftung war jedoch bei unseren objektiven Schuldverhältnissen nicht ohne Grenze: im Allgemeinen befreit gewöhnlicher casus, und was sonst jedem Menschen die Leistung unmöglich macht. Lag diese Unmöglichkeit vor, so zeigte sich auch hier in der ältesten Zeit die obligatio auf dare der vielleicht daneben laufenden culpa gegenüber indifferent: vergl. S. 40, 41. Dies war die Kehrseite von dem Obigen, hier war es nun der Schuldner, welcher sagen konnte, seine Verpflichtung gehe nicht auf custodire, sondern auf dare (l. 91 pr. D. 45, 1). So das alte starre Recht. — Als darauf, wie dies überhaupt die Rechtsentwickelung zu sein pflegt, die Herrschaft der aequitas, der individualisirenden Gerechtigkeit folgte, trat natürlich im römischen Recht die culpa-Diligenz-Haftung in den Vordergrund. Immerhin verschwinden die objektiven Obligationen nicht ganz, sie finden sich auch bei den bonae fidei negotia. Vergl. oben S. 56—61 die loc. cond. operis; ja beim Kaufe sahen wir sogar eine Objektivirung der an sich subjektiven Verpflichtung des Verkäufers (S. 47—51). Jetzt sind jedoch die objektiven Verbindlichkeiten mehr mit der Diligenzpflicht verknüpft. Diligenznachweis allein befreit den Schuldner freilich auch jetzt nicht, aber es genügt andererseits auch nicht, wie dies bei der altrömischen stipulatio auf dare der Fall

war, die einfache Konstatirung der objektiven Haftungsschranke, er muß auch beim Vorliegen eines casus beweisen, daß „non sua culpa is casus intervenerit“.

Als dritte Periode der Rechtsentwickelung reiht sich an diejenige der Billigkeit, über welche im Prinzip das römische Recht nie hinausgegangen ist, jene der Verkehrssicherheit. Hier muß der Unternehmer für Schuld einstehen, aber er muß auch oft ohne Verschulden haften. Denn infolge der Großindustrie ist der Betriebsorganismus häufig zu komplizirt, als daß nicht sonst beim Beibehalten der gewöhnlichen Diligenzpflicht Fälle wirklichen Verschuldens ungeahndet blieben. Außerdem führen noch andere Erwägungen dazu, den Großbetrieben und nicht dem weniger leistungsfähigen einzelnen Gegenkontrahenten die Gefahr aufzubürden. Hier sind nun unsere objektiven Obligationen mit der reinen Betonung des versprochenen Erfolges und mit der erhöhten vis major-Haftgrenze[114]) so recht am Platz. Von der Abgrenzung dieser Haftungsschranke von der des einfachen casus wird nun im folgenden Abschnitt zu handeln sein.

VII.

„Casus a nullo praestantur.“ Casus überhaupt ist also die Grenze, bis zu welcher bei objektiven Obligationen gehaftet wird, und alle Fälle des casus wirken, wenn sie einmal eingetreten sind, in ganz gleicher Weise:

---

114) Sicherlich werden jedoch das receptum und die römische exceptio vis majoris ähnlichen legislativen Erwägungen ihre Entstehung nicht verdankt, daher wird auch nicht, wie Exner annimmt, der Beweisnothstand zu ihrer Einführung getrieben haben. Das receptum war vielmehr ein Nothgesetz. Aber für das Beibehalten der vis major und für die Ausdehnung auf neue Rechtsgebiete wird der im Text angedeutete Gesichtspunkt maßgebend gewesen sein; vergl. S. 82, 83.

sie machen eben die Leistung unmöglich. Aber sie lassen sich unterscheiden nach der Art ihres Auftretens. Es können sein einerseits Ereignisse, die derart auftreten, die mit so elementarer Wucht hereinbrechen, daß ihnen gegenüber Menschenkraft und Menschenwitz ohne weiteres ohnmächtig und hülflos sind: cui humana infirmitas resistere non potest, die also eintreten mußten, weil sie unüberwindlich waren — und andererseits Ereignisse, die nach ihrem Eintritt ebenfalls die Leistung unmöglich gemacht haben, die aber vorher in ihrer schädlichen Wirkung sehr wohl abwendbar waren. Sie spotteten nicht der menschlichen Kraft. Der normale Mensch, auf ihren Eintritt und Angriff vorbereitet, hätte sie überwinden, ihre schädliche Wirkung sehr wohl abwenden können; im konkreten Falle ist dies vielleicht nicht geschehen, weil der Schuldner sie nicht voraussah, vielleicht gar nicht voraussehen konnte.

Im Allgemeinen genügt die letztere Art des casus, um den Schuldner zu befreien, ausnahmsweise jedoch nicht; es wird strenger gehaftet, so beim receptum nautarum etc. Wir sahen, daß beim receptum, nach dem kategorischen Ton des prätorischen Edikts „nautae caupones stabularii, quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituent in eos judicium dabo“ zu urtheilen, die objektive Haftung auf den Erfolg, daß die Sachen heil bleiben und in ordnungsgemäßem Zustande wieder abgeliefert werden, zunächst ganz durchgeführt war. Erst später machte sich eine mildere Richtung geltend; man unterschied innerhalb des Gebietes des casus in der oben angegebenen Weise, und nur die erste Gruppe, die Fälle der vis major, sollten befreiend wirken. So ist die äußerste Schranke der Haftung diejenige bis vis major, und auch sie beruht, ebenso wie die sonst allgemein befreiende Unmöglichkeit auf einer Billigkeitserwägung. Es ist der Gedanke, daß, auch wenn jemand einen Erfolg herbeizuführen versprochen,

es schließlich doch immer eine gewisse Grenze giebt für menschliches Können überhaupt. Es giebt Schicksalsschläge, Verhängnisse, Naturgewalten, denen gegenüber die menschliche Ohnmacht und Hülflosigkeit so klar hervortritt; es ist eben etwas Uebermenschliches, und der religiöse Mensch bezeichnet sie ganz richtig mit Gottesgewalt, vis divina, *θεοῦ βία*. Hat man nun nicht auch in Rücksicht auf solche Fälle oder gerade für diese Fälle die unbedingte Versicherung übernommen, so ist es billig, daß bei solchen Vorkommnissen auch rechtliche Verbindlichkeiten cessiren. Kleinlich und grausam wäre es, dann trotzdem vom Schuldner die Leistung bezw. Ersatz zu verlangen. Das prima facie Unüberwindliche ist das Hauptmerkmal dieses major casus. Objektiv ist auch dieser Begriff, und nur was typisch unüberwindlich (unabwendbar), fällt unter die höhere Gewalt. Das Angegebene muß und kann genügen, um die Fälle höherer Gewalt abzugrenzen vom niederen casus Eine genauere eingehende Definition zu geben, ist äußerst schwierig, wenn überhaupt möglich, schwierig ist es auch, die einzelnen Fälle des niederen casus aufzuzählen. Für Diebstahl und Delikte seiner Leute hat der Schiffer zc. einzustehen, so wird denn regelmäßig als Fall des niederen casus das furtum aufgeführt; dazu hat uns Baron durch ein weiteres Quellenbeispiel, das des Mäusefraßes, bereichert. Trotzdem wird sich nach den obengenannten Kriterien die Abgrenzung beider Arten des casus im Streitfalle nicht unmöglich erweisen [115]).

---

115) Vergl. die Worte Bruckner's, a. a. O. S. 278: „Die römischen Juristen begnügten sich damit, den Begriff durch Beispiele zu erläutern, und überließen es dem praktischen Gefühl des Richters, nach Analogie dieser Beispiele die Frage im einzelnen Fall zu entscheiden. Sie gingen dabei von der richtigen Erwägung aus, daß auch die vis major wie jeder Begriff, welcher seine Entstehung der Erfahrung verdankt, sich zwar

Vis major liegt also vor, wenn die Unmöglichkeit der Leistung hervorgerufen wird durch ein schädigendes Ereigniß, welches derart auftritt, daß Menschenkräfte überhaupt nichts dagegen vermögen, seine schädigende Wirkung nicht abwenden können. Zwar ist schon seit längerer Zeit in der Literatur dagegen der Einwand erhoben: schlechthin Unabwendbares gäbe es überhaupt nicht (Mommsen), wogegen dann wieder geltend gemacht wurde (Brinz), daß einige Fälle wirklicher Unabwendbarkeit doch vorkommen könnten, wenn z. B. Grundstücke und darauf gebaute Häuser ꝛc. ein Unfall (Erdbeben) träfe; solchen Unfall könnte man vielleicht schon Wochen vorhersehen und vermöchte doch nichts dagegen. — Von diesen letztgenannten Ausnahmen freilich abgesehen, ist es jedoch wahr, daß die schädigende Wirkung der sog. unüberwindlichen Ereignisse sich schließlich stets abwenden läßt. Warum gäbe man z. B. dem Lokomotivführer nicht einen oder zwei Ersatzmänner bei für den Fall, daß ihn eine plötzliche Ohnmacht, der Schlag oder ein Wahnsinnsanfall träfe? Warum packe der Frachtführer die zu transportirenden Backsteine nicht in Watte und verwahre sie in eisernen Kisten? Dann wären sie bei einem freilich durch elementare Gewalt hervorgerufenen Unfall nicht zu Schaden gekommen. Vis piratarum ist durch Kriegsschiffe,

---

gegen jede theoretische Analyse spröde verhalte, daß aber der Praktiker trotzdem das Richtige immer sehr wohl wird treffen können, wenn man ihm nur durch Aufstellung einiger unzweifelhafter Beispiele an die Hand gehe." Vergl. ferner Exner, a. a. O. S. 573: „Diesen (objektiven) Maßstab in der Hand, kann der Richter die Sophistenfrage, wie viele Räuber denn zu einer richtigen vis major gehören, ruhig an sich abgleiten lassen. Wer im Stande ist, im täglichen Leben einen Orkan von einem Wind und einen „Herkules" von einem Manne gewöhnlicher Stärke zu unterscheiden, wird durch die vorliegende Aufgabe nicht in Verlegenheit gesetzt werden. Er kann nicht zweifeln, daß die Mäuse, welche in das Eisenbahnlagerhaus (vielleicht ganz unabwendbar) sich eingeschlichen und das verfrachtete Korn angefressen haben, keineswegs höhere Gewalt sind" ꝛc.

latrocinium durch Gendarmerie und Militär leicht abzuwenden. Außerdem — und das gilt namentlich für andere an sich unüberwindliche Ereignungen — sei es stets möglich, der schädigenden Wirkung bei Zeiten aus dem Wege zu gehen. Der Frachtführer kann die insidias latronum fast immer vermeiden, ob er dabei einen fast hundertfachen Umweg mache, komme für den Begriff der Unabwendbarkeit nicht in Betracht. Darauf ist zu erwidern: Ebenso wie der absoluten Unmöglichkeit manchmal eine übermäßige Schwierigkeit und Fälle, wo man normaler Weise von einem Menschen Erfüllung nicht verlangen kann und darf[116]), gleichgestellt werden, so sind der absoluten vis major gleich zu behandeln Unfälle, wo eine Abwendbarkeit möglich wäre, nur durch Schaffung derartig komplizierter Vorkehrungseinrichtungen, daß der dadurch erforderlich gemachte Aufwand in gar keinem Verhältniß mehr steht zum Betriebe und dessen Erträgnissen. Müssen die Eisenbahngesellschaften z. B. überall die ganzen Schienenstränge entlang eine Kette von Wachtposten, welche etwaige Unglücksfälle verhindern sollten, unterhalten, so würde das Unternehmen sich wirthschaftlich ruiniren. Es genügt also von diesem Gesichtspunkt aus auch eine relative Unüberwindlichkeit. Zu sehr darf man diesen relativen Maßstab aber nicht ausdehnen. Wir dürfen vor allem nicht die Unüberwindlichkeit individuell fassen, sie auf diese Weise wieder in Gegensatz zu culpa bringen und im Verhältniß zur Diligenz betrachten. Objektive Kriterien müssen wir uns auch hier erhalten; wir kämen sonst zu dem bekannten Resultate, daß vis major nichts anderes als einfacher casus und casus nichts anderes als die Negation von culpa sei. Keine vis major liegt in folgendem bei Gelegenheit der Kommissionsberathungen über den Entwurf eines

116) Vergl. oben bei Note 64.

Allgemeinen Deutschen H.G.B. mitgetheilten (Protokolle, S. 2286) Falle vor: Ein Schiffer liefert Thee, den er unverdorben rezipirt, in beschädigtem (übelriechendem) Zustande wieder ab. Culpa des Rezipienten lag nicht vor. Denn der Verderb war nur erfolgt durch die Nachbarschaft mit einer anderen Kiste, in welcher sich schlecht verpackte Apothekerwaaren befanden, die fälschlich als Kaufmannsgüter deklarirt waren. Obwohl also der Schaden für den Unternehmer im gegebenen Falle unabwendbar war, wird man von einem abstrakt unüberwindlichen vis major-Ereigniß nicht reden können. — Keine vis major ist es, wenn ein Kind durch Umherspringen zwischen den Eisenbahngeleisen einen Betriebsunfall verursacht (R.O.H.G.E., VIII S. 159)[117]. So würde ich auch in folgendem Falle eine vis major nicht annehmen: Es tritt Zugentgleisung ein, dieselbe ist hervorgerufen dadurch, daß ein Verbrecher ein mittelgroßes, durch die Kräfte eines normalen Menschen sehr wohl heran- wie fortzuschaffendes Felsstück in dem Augenblick auf die Schienen gerollt hat, als der Bahnwärter seinen ordnungsgemäßen Rundgang vorgenommen hatte. Culpa auf Seiten der Bahngesellschaft soll nicht vorhanden gewesen sein. Bahnwärter sind in genügender Anzahl angestellt und sie haben ihre Pflicht gethan. Der Zugführer konnte, da das Felsstück kurz hinter einer scharfen Biegung lag, das Hinderniß nicht vorhersehen und den Zug nicht anhalten. Trotzdem würde die Bahn zu haften haben. Denn das den Unfall verursachende Hinderniß, welches wir nicht unter Be-

117) Hierin gelangen wir, wie dies in praktischen Einzelentscheidungen überhaupt häufig geschehen würde, zu demselben Ergebniß wie Exner vergl. Exner, a. a. O. Note 40 (S. 533) und S. 571, 572, insbes. Note 50 und dort citirte Fälle von Entscheidungen höherer Gerichte, freilich mit ganz anderer Begründung, indem wir im Gegensatze zu den Exner'schen Kriterien des „Außerordentlichen" und der „äußeren Provenienz" nur das in den Quellen aufgestellte Begriffsmerkmal des typisch Unüberwindlichen verlangen.

rücksichtigung des konkreten Falles im Gegensatz zu der Sorgfalt in der Abwendung des Unglücks, sondern nach obigem objektiven Maßstabe beurtheilen, wäre von einem einzelnen Menschen leicht beiseite zu schaffen gewesen, war nicht unüberwindlich. So wird ein noch so raffinirt verübter und dem Wirth, der alle nöthigen Vorsichtsmaßregeln getroffen, noch so unerwartet kommender Diebstahl niemals vis major sein können. Andrerseits ist aber offenbar in der Katastrophe des bekannten Steglitzer Eisenbahnunglücks vis major zu sehen. Gewiß, die Bahngesellschaft hätte durch Aufstellen genügender Sicherheitsmannschaften, Requiriren der Polizei und, wenn länger vorauszusehen, durch Erweiterung der Eisenbahnhalle der furchtbaren Katastrophe vorbeugen können. Das war aber nicht vorhergesehen (auch nicht vorherzusehen, was freilich für uns nicht in erster Linie in Betracht kommt), und im gegebenen Moment war das kurzsichtige, wahnsinnige Drängen der großen Menschenmengen ebenso überwältigend wie unabwendbar.

Daß das vis major-Ereigniß stets mit „Donner und Blitz" hereinbreche, ist nicht nothwendig. Plötzlicher Schlaganfall, Ohnmacht, oder die in den Quellen erwähnten mortes servorum (nach dem Grundsatze: alle Menschen müssen sterben) sind als Fälle der höheren Gewalt anzusehen.

Im Bisherigen haben wir uns bemüht, einfach das positive Recht auszulegen, und haben versucht, im Anschluß an das Haftungsprinzip für die Obligationen im Allgemeinen auch die Haftung bis vis major zu bestimmen. Neuerdings hat man dagegen den Begriff der höheren Gewalt zu eruiren versucht, indem man stets zunächst auf den legislativen Grund der einschlägigen Gesetzesbestimmungen einging. Man spürte dem juristischen Gedanken nach, welcher zu den einzelnen positiven Sonderbestimmungen geführt hätte. Daß das Forschen nach denjenigen Erscheinungen, welche diese Verschärfung der Haftung

hervorgerufen haben sollten, für die Erkenntniß des Maßes und Inhaltes dieser Haftung bis vis major von großer Bedeutung sein könnte und ist, soll nicht verkannt werden. Aber ausschließlich den Scharfsinn auf Spekulationen dieser Art zu verwenden, erscheint uns unfruchtbar. Abgesehen von der Schwierigkeit einer solchen Forschung ist es nur zu leicht, daß man zu rein eigenen Erfindungen gelangt, die reale Basis der positiven Gesetzesbestimmungen verläßt und, anstatt des Gesetzgebers befehlende Worte auszulegen, nach seinen uns dunklen Motiven sucht. Unseres Erachtens liegt darin der Hauptfehler der Exner'schen Schrift. Ein Beweisnothstand soll vorgelegen haben, und aus dieser selbstgeschaffenen ratio heraus werden die Begriffsmerkmale der höheren Gewalt in durchaus willkürlicher Weise bestimmt. Mag auch — was wir noch gar nicht annehmen (vergl. oben Note 114) — der Prätor den von Exner so hervorgehobenen Zweck im Auge gehabt haben, so müßten wir konsequenter Weise ganz unabhängig von jenem historischen Grund für unsere Zeit erneut die Frage stellen und beantworten: Erscheint auch jetzt die verschärfte Haftung der betreffenden Unternehmer unserem Rechtsgefühl als billig, und warum erscheint sie uns als billig? Das alles kann uns weitab von unserer Aufgabe führen und allein schon der Satz ‚cessante ratione non cessat lex ipsa' sollte vor einem einseitigen Forschen in dieser Richtung bewahren[118]).

Welche Gründe haben den Prätor veranlaßt, das prätorische Edikt zu erlassen? Ulpian giebt als Grund an: jener Kreis von Gewerbetreibenden, wie Gastwirthe und Schiffer — hoc genus hominum — sei ein gefährliches Gesindel, nur zu oft konspirirten sie mit Dieben, und andererseits sei man im Verkehr auf sie angewiesen und könne ihre Berufsthätigkeit nicht

118) Vergl. Regelsberger, Pand., I § 26 S. 110.

entbehren (quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere). Diese Leute hätte der Prätor treffen wollen. Er hätte daher dieses strenge Edikt erlassen, um jegliche Entschuldigung abzuschneiden: et maxima utilitas est hujus edicti — und das Edikt habe sehr wohlthätig gewirkt! So bezeichnen die Quellen die Entstehungsursache des Edikts, aus dem sich später die etwas mildere, aber doch noch im Verhältniß zu der gewöhnlichen Haftgrenze außerordentliche strenge Verbindlichkeit bis zur höheren Gewalt entwickelt hat. Ob dieses wirklich der historische Grund gewesen ist, der zum Erlaß des Edikts führte, läßt sich jetzt nicht mehr nachweisen, unwahrscheinlich ist er aber nicht, und es ist schier unverständlich, wie Exner hier von einem „kläglichen Argument" reden und die Worte Ulpian's so in Mißkredit bringen konnte [119]). Bedenkt man die gesammten damaligen Verhältnisse, wie jeder vornehmere Römer in allen Welttheilen Gastfreunde besaß und nur höchst ungern und aus Noth etwa unterwegs in eine solche Herberge einkehrte [120]), bedenkt man ferner, daß das außerordentlich häufige Vorkommen von Diebstählen keine bloße Sage für jene Zeit war, so wird man die Worte Ulpian's hinsichtlich der caupones und stabularii für glaubwürdig halten. Und die nautae verdienten gewiß kein größeres Vertrauen als die anderen beiden Gewerbszweige, cf. Horaz Satir. I 5, 11 ff. [121]). — Durchaus unglaubwürdig

---

119) Aehnlich auch Pernice, Labeo, II S. 348 Note 9. Ulpian habe eine als nebensächliche Vermuthung hingeworfene Bemerkung des Pomponius „zu einer historischen Notiz aufgebläht". — Wie die im Text vertretene Ansicht namentlich: v. Schey, Gutachten des XXII. deutschen Juristentags, III S. 57.

120) Vergl. über die römischen Wirthshausverhältnisse: W. A. Becker, Gallus, III (2. Aufl.) S. 16—21.

121) Damit nehme ich das von Pernice, a. a. O. den Gegnern zur Verfügung gestellte Zeugniß des Horaz an.

dagegen ist es, daß zu allererst schon der Beweisnothstand zur Einführung des Edikts getrieben hätte. Kein einziges Quellenzeugniß hat Exner dafür anzuführen vermocht, und das Analogon der actio de effusis vel dejectis allein ist nicht zwingend. Von einem Beweisnothstand im Exner'schen Sinne kann man nur reden bei größeren komplizirten Unternehmungen mit zahlreichem Personal. Daß dieser legislative Gesichtspunkt bei der Statuirung der strengen Haftung bis vis major im modernen Recht ebenso sehr mitgewirkt hat, wie er ursprünglich im römischen Recht nicht vorhanden gewesen, liegt auf der Hand. Ein Beweisnothstand wäre jenen großen Unternehmungen gegenüber zweifellos vorhanden, wenn nicht die vis major-Grenze aufgestellt wäre, und es wäre dieser Beweisnothstand auch durch Umdrehung der Beweislast derart, daß culpa präsumirt wird und der Unternehmer im Falle unmöglicher Restitution seine und seiner Leute Schuldlosigkeit zu beweisen hat[122]), nicht beseitigt. Um so viel weniger kann man mit Stucki[123])

---

122) Wie Schneider, a. a. O. de lege ferenda will. — Uebrigens stehen das Gesetz betr. die privatrechtl. Verhältnisse der Binnenschiffahrt v. 15. Juni 1895 § 58 und der Entwurf eines revidirten H.G.B. § 403 auf demselben Standpunkt und glauben durch eine derartige Umdrehung der Beweislast die Haftung bis vis major ersetzen zu können. Daß auf diese Weise dem Verkehrsbedürfnisse, wie die Denkschrift zum Entwurf S. 259 meint, genügend Rechnung getragen sei, dürfte sehr zu bezweifeln sein. Und wenn es daselbst heißt, „es ließe sich nicht anerkennen, daß der Gewerbebetrieb des Frachtführers seiner Natur nach zu einer Gewährpflicht für gewisse Betriebsgefahren in höherem Grade Veranlassung biete, als manche andere Betriebe, bezüglich deren das geltende Recht es bei den allgemeinen Grundsätzen über die Haftung aus Verträgen beließe" — so ist dagegen einzuwenden, daß die Tendenz bei der modernen Großindustrie allerdings dahin geht, die vis major-Haftung vom Frachtunternehmen auch auf andere ähnliche Betriebe auszudehnen, gewiß jedoch nicht umgekehrt dahin, auch für den Frachtführer die einfache culpa-Haftung wieder einzuführen.

123) Stucki, a. a. O. S. 34, 35.

sagen, daß bei dem freien richterlichen Ermessen dem Beklagten der Beweis prästirter Diligenz schon schwerer gemacht werden könnte. Je größer der Betrieb sei, je komplizirter sich die Kausalkette zwischen Ursache und Wirkung erweise, desto zahlreicher seien auch die culpa-Möglichkeiten, desto schwieriger sei der Beweis des Beklagten, daß überall die nöthige Sorgfalt aufgewendet worden, desto skeptischer werde sich der Richter den Ausführungen des Beklagten gegenüber verhalten. Insofern wäre also durchaus kein Grund, von den allgemeinen Grundsätzen über Diligenznachweis abzugehen. — Vielmehr wirken die Ausführungen Exner's in dieser Hinsicht[124]), sein trefflich gewähltes Beispiel von dem pflichtwidrigen Kutscher, welcher alle für ihn gravirenden Thatmomente zu unterdrücken weiß, ohne daß man ihm etwas nachweisen kann und ohne daß äußerlich in der Kausalkette etwas geändert wird, überzeugend. Bei der einseitigen Betonung dieses Beweisnothstandes kommt Exner freilich zu einer Argumentation, welche thatsächlich nicht so sehr weit von jener von ihm als kläglich bezeichneten Erklärung Ulpian's abweicht. Auch Exner nimmt ja an, daß Unternehmer und Angestellte eigentlich regelmäßig in culpa sind: das erinnert doch so etwas an jenes alte Quellenargument, daß man dieser Art Leuten nicht trauen dürfte. Das ist für die heutige Zeit etwas weit gegangen. Denn wo jetzt Treu und Glauben unseren gesammten entwickelten Handel beherrschen, und bei dem großen Vertrauen, dessen sich der Kaufmannsstand mit Recht erfreut, wird man nicht mehr stets ein Verschulden auf seiner Seite annehmen. Es wirken vielmehr neben dem Beweisnothstand im modernen Recht noch andere Gesichtspunkte mit, welche die Haftung bis vis major für gerechtfertigt erscheinen lassen. Es handelt sich gar nicht mehr

124) Exner, a. a. O. S. 536 ff.

allein um die culpa-Frage[125]), sondern es ist einfach die Tendenz, die modernen Großbetriebe strenger haften zu lassen. Abgesehen von der speziell für die Eisenbahnen in Betracht kommenden Erwägung: wer einen für Publikum und Personal gleich gefahrvollen Großbetrieb einrichtet, muß, wenn ihm ein solcher überhaupt gestattet werden soll, wenigstens auf eigene Gefahr handeln und eine gewisse Gruppe von Schadensfällen ohne weiteres zu ersetzen bereit sein — tritt uns ganz allgemein die sozialpolitische Frage entgegen: Wie soll die Vertheilung der Schadenslast erfolgen? Da sind nun die Großunternehmer leistungsfähiger als der einzelne Gegenkontrahent, und wenn von Verschulden auf beiden Seiten nicht die Rede sein kann, ist es ebenso gerecht wie klug, wenn der Gesetzgeber die Last mehr auf die Schultern des wirthschaftlich Stärkeren zu wälzen bestrebt ist. Außerdem kommen jene Betriebe schon wieder auf ihre Kosten. Da sie ein thatsächliches Monopol vielfach besitzen und dem Privatmann, welcher sich mit ihnen einlassen muß, einseitig Geschäftsbedingungen vorzuschreiben in der Lage sind, so werden schon im Entgelt, welchen sie für ihre Leistung nehmen, die Kosten der von ihnen zu vertretenden Unfälle zur Anrechnung gebracht werden. Maßgebend sind aber für die Erwägung, für welche Unfälle der Unternehmer einzustehen hat und für welche nicht, die oben genannten Kriterien über vis major und niedrigen casus; und nicht ist maßgebend, wie man in allzu starker Betonung

125) Der Gesichtspunkt der Verschuldung (event. unter Fiktion der culpa) wird noch zu Grunde gelegt im österreichischen Gesetz v. 1869 § 1: „Wenn durch eine Ereignung im Verkehr einer mit Anwendung von Dampfkraft betriebenen Eisenbahn die körperliche Verletzung oder die Tödtung eines Menschen herbeigeführt wird, so wird stets vermuthet, daß die Ereignung durch ein Verschulden der Unternehmung oder derjenigen Personen eingetreten sei, deren sie sich zur Ausübung des Betriebes bedient.“ Nach § 2 soll dann vis major von der Schadensersatzpflicht befreien.

des Begriffs der „Betriebsgefahr“ [126]) meinen könnte, die Unterscheidung, ob man im Verkehr mit solchen Ereignissen rechnen müsse oder nicht. Diese letzte Unterscheidung hat W. Stintzing in der citirten Abhandlung gemacht. Wir kämen damit, wie Stintzing selbst zugiebt, wieder auf die subjektive Lehre zurück. Was verlangt der Verkehr? Mit welchen Ereignissen muß der Verkehr rechnen, mit welchen nicht? Welche Ereignisse müssen nach Verkehrsanschauung vorausgesehen werden, welche nicht? — Das alles ist etwas Relatives. Dem Richter wird ein zu großer, ihm selbst gar nicht angenehmer Spielraum gelassen, und wir gelangen wieder ganz in das Reich der individualisirenden Billigkeit. Vor allem ist aber dieser Ansicht Widerspruch mit den Quellen vorzuwerfen, welche, wie oben ausgeführt, für die vis major das Erforderniß objektiver Unüberwindlichkeit aufstellen. Und unüberwindlich können die ziemlich häufig auftretenden Unfälle (mit denen also der Verkehr rechnen müßte) in dem gleichen Maße sein wie die außergewöhnlichen (mit deren Eintritt im Verkehr nicht gerechnet werden kann). Es ist in dieser Beziehung auf das gegen die Exner'sche Eintheilung der Unfälle in solche, „welche im gewöhnlichen Laufe des Lebens zu gewärtigen sind“, und in die „außerordentlichen“ Gesagte zu verweisen [127]).

---

126) In der römischen vis major liegt es also nicht, daß sie der Betriebsgefahr entgegengesetzt ist. Anders die spezielle Norm des Reichshaftpflichtgesetzes § 1. Man wollte in dasselbe von dem als Vorbild dienenden preußisch. Gesetze von 1838 auch die ausdrückliche Bestimmung übernehmen, daß die gefährliche Natur der Unternehmung selbst als ein vom Schadenersatz befreiender Zufall nicht anzusehen sei. Doch einigte man sich dahin, daß dies schon aus dem jetzigen Wortlaute des § 1 zu entnehmen sei. Hiernach würden also in diesem einen Falle auch unüberwindliche Betriebsgefahren von der Bahn zu vertreten sein und die befreiende Wirkung der vis major nicht haben.

127) Daß das häufig vorkommende naufragium für seine Theorie nicht paßt, giebt Stintzing selber zu; seine Ausführungen

Man hat noch auf einen anderen Gesichtspunkt hingewiesen, welcher als legislativer Grund unserer Gesetzesbestimmungen in Betracht käme, nämlich daß man durch diese strengere Haftung die Unternehmer im Interesse des wirthschaftlichen Fortschritts ansporne, so daß sie gezwungen würden, sich stets die denkbar vorzüglichsten Einrichtungen und das tüchtigste Personal zu halten. Doch dieser Gesichtspunkt wird gewiß nicht zu der erhöhten Haftung bis vis major geführt haben. Denn es wäre dann kein Grund vorhanden, weshalb in willkürlicher Weise nur einem ganz kleinen Kreise von Gewerbetreibenden diese verschärfte Verbindlichkeit auferlegt würde, und wenn Baron, seiner Theorie entsprechend, in diesen Fehler nicht verfällt, weil er die Haftung bis vis major als eine normale, bei den meisten Kontrakten vorliegende ansieht, so kann ich auf die Bemerkung Stintzing's, a. a. O. S. 456 gegen das erzieherische Moment der Baron'schen diligentia exactissima verweisen.

Die modernen Rechtsgebiete, wo der Begriff der höheren Gewalt Anwendung findet, sind nun sehr verschiedenartig. Im Einzelnen ist hierüber noch Folgendes zu bemerken: Wie der Begriff des casus von der Sachleistung seinen Ausgangspunkt nahm, so ist der Begriff des major casus dort in seiner reinsten Gestalt gewahrt, wo es sich um ein dare oder restituere handelt: hier hat das römische Recht ihn zuerst verwendet; hierher gehören auch die Bestimmungen des B.G.B. § 701, H.G.B. Art. 395 und 607, welche dem Wirth, dem Frachtführer zur See und zu Lande die Restitutions- (bezw. Schadensersatz-) Pflicht auferlegen. Hier hat die verschärfte Haftung gute Dienste gethan, und man müßte eher versucht

---

S. 464, 465 helfen darüber nicht hinweg. Uebrigens ließe sich latrocinium und vis piratarum aus demselben Grunde gegen ihn anführen. Vergl. S. 15 u. 16.

sein, sie auf andere Unternehmungen (wie z. B. öffentliche Pfand- und Leihhäuser), wo der Eigenthümer die Sache ebenso aus der Hand giebt, auszudehnen, als sie umgekehrt, wie dies neuerdings geschieht, einzuschränken (vergl. Note 122).

Noch mehr Gründe sprechen für die Verwendung unseres Begriffs im Eisenbahn- und Post-Recht. Auf die Post als Frachtführerin findet Art. 395 H.G.B. entsprechende Anwendung. Was die Eisenbahnen betrifft, so können sie die strenge Frachtführerhaftung nicht einmal durch Partei-Verabredung ausschließen. Auch dem neuen Handelsgesetzbuchsentwurf §§ 430 und 444 zufolge soll dies beibehalten werden. Die Begründung, welche die Denkschrift hierzu giebt[128]), ist freilich nur theilweise richtig (so S. 259 Abs. 1 a. E.). Nicht richtig ist nämlich jene Motivirung, auf welche (S. 273) großes Gewicht gelegt wird, daß man, um in dem heimischen deutschen Recht in Uebereinstimmung mit dem Berner Vertrage zu bleiben, die nunmehr mildere Haftung des Frachtführers nicht auch auf die Eisenbahnen erstrecken dürfte. Darin geht die Denkschrift von falschen Voraussetzungen aus. — Wie schon oben erwähnt, ist im Berner internationalen Uebereinkommen auch der Ausdruck ‚force majeure‘ gebraucht. Sollte damit rein der deutsche, aus dem römischen Recht übernommene und in die Reichsgesetzgebung übergegangene Begriff der „höheren Gewalt“, welcher dem niederen casus gegensätzlich gegenübersteht, gemeint sein? Freilich gebührt der deutschen Rechtswissenschaft ein hervorragender Antheil an den Arbeiten des internationalen Frachtrechts[129]), so daß der Franzose Thaller[130]) schreiben

128) Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, S. 259, 272, 273.

129) Vergl. über die Entstehungsgeschichte des Internationalen Uebereinkommens: Eger, „Das internationale Uebereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr“, im Arch. f. öffentl. R., III S. 368; Rosenthal, Internationales Eisenbahnfrachtrecht, S. 5—15.

130) Thaller, „Du transport en droit international et d'un

konnte: „on s'est presque exclusivement impregné des idées allemandes". Trotzdem müssen wir die gestellte Frage verneinen. Es giebt u. E. nur zwei Möglichkeiten: Entweder es wird für den Begriff der höheren Gewalt das jeweilige nationale (deutsche, französische, italienische 2c.) Recht zu Grunde gelegt, wobei das Recht des Versandortes (so Eger bei Rassow und Küntzel, 1891 S. 479) den Ausschlag giebt. Oder es ist überhaupt allgemein maßgebend der französische Begriff, wie er in der französischen Praxis gehandhabt wird, wonach cas fortuit, force majeure und unverschuldeter Zufall identisch sind [131]).

---

projet d'une convention diplomatique" (Citat entnommen aus Rosenthal, a. a. O. S. 10 Note 1).

131) Das letztere halten wir für richtig. Daß das französische Element im diplomatischen wie überhaupt im internationalen Verkehr ein Uebergewicht besitzt, ist bekannte Thatsache. Im Besonderen spricht für die letztere Ansicht der Umstand, daß einer der Vertreter Frankreichs (v. Savigny) auf der ersten Konferenz (1878) die Ansicht der französischen Gerichte über unseren Begriff referirte und die Konferenz dieser Auffassung beitrat. Dann fällt auch ins Gewicht die Fassung des Art. 18 des Uebereinkommens:

> „Si le transport est empêché ou interrompu par force majeure ou par un cas fortuit quelconque (deutscher Text: durch höhere Gewalt oder Zufall) et que la marchandise ne puisse pas être transportée par une autre route, le chemin de fer demandera de nouvelles instructions à l'expéditeur."

Hier sind force majeure und cas fortuit als Synonyma zusammengestellt. Dieselbe Zusammenfassung beider Begriffe findet sich gerade so häufig in der französischen Gesetzessprache (vergl. z. B. c. c. art. 1148, 1733, 1782) und insbesondere für den Frachtführer art. 1784, und doch wird (nach Dalloz, Répertoire méthodique s. v. commissionaire n. 338) vom Frachtführer nur verlangt Haftung für „faute légère" und daß er aufwende „tous les soins d'un bon père de famille".

Wie man auch in anderen Fragen, wo es sich um eine Kollision des deutschen und französischen Rechts handelte, von deutscher Seite nur zu bereit war, dem französischen Recht Konzessionen zu machen (so bei der Frage über den Umfang und die Höhe des Schadenersatzes), so wird man

Mag man sich nun der einen oder der anderen Meinung über den Begriff der force majeure des internat. Uebereinkommens anschließen: in beiden Fällen ist es nicht ersichtlich, warum es von diesem Gesichtspunkt aus unzweckmäßig sein sollte, eine bloße culpa-Haftung der Eisenbahnen im heimischen Recht zu statuiren. Denn im ersteren Falle ist doch schon nach dem Berner Vertrage selbst über den vis major-Begriff nationale Verschiedenheit begründet, im letzteren Falle würden wir uns sogar dadurch in Uebereinstimmung mit der milderen Haftgrenze des Berner Uebereinkommens setzen. — Trotzdem begrüßen wir mit Freuden die Beibehaltung der vis major-Haftgrenze für unsere deutschen Eisenbahnen, denn wir glauben, daß innere Gründe ganz energisch gegen eine Abschwächung ihrer Frachtführerverbindlichkeit sprechen.

Auf ein ganz anderes Anwendungsgebiet unseres Begriffes werden wir durch das Reichshaftpflichtgesetz geführt. Der § 1 dieses Gesetzes lautet:

„Wenn bei dem Betriebe einer Eisenbahn ein Mensch getödtet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Betriebsunternehmer für den dadurch entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Getödteten oder Verletzten verursacht ist."

Hier handelt es sich nicht um ein dare oder ein restituere von Sachobjekten, nicht um den Schutz von Gütern

---

nach dem Gesagten gewiß den französischen Begriff im Berner Vertrage zu Grunde zu legen haben. Anders unsere Literatur, welche stillschweigend von dem deutschen Begriff als dem allgemein gültigen ausgeht (so auch Rosenthal, a. a. O. insbes. S. 197, wenn ich ihn recht verstehe). Wenn übrigens Rosenthal — ein Anhänger der herrschenden Goldschmidt'schen Theorie — daselbst (Note 1) meint, auch in Frankreich herrsche dieselbe subjektive relative Lehre wie bei uns, so irrt er. Die französische Praxis geht eben noch weiter: vergl. Biermann in der Note 6 citirten Abhandlung und die daselbst von ihm erbrachten Beläge.

gegen Verlust und Beschädigung, sondern um den Schutz von Personen gegen körperliche Verletzung und Tödtung. Schadenersatz zu fordern auf Grund dieser Rechtsnorm sind nicht nur die im Vertragsverhältniß mit der Bahn stehenden Reisenden, sondern auch das angestellte Personal so gut, wie jeder beliebige Dritte berechtigt, sofern sie sich nicht durch eigenes Verschulden die fragliche Verletzung zugezogen haben. Die obligatio der Eisenbahn mit der vis major-Grenze tritt unmittelbar ex lege ein [132].

Auch hier ist die Verwendung unseres Begriffs eine glückliche [133]. Eine entsprechende Ausdehnung dieser strengen Schadensersatzverpflichtung auf andere Großunternehmungen, welche ein Monopol besitzen oder sich durch besondere Gefährlichkeit des Betriebes auszeichnen, ist zum Theil geschehen [134]) und könnte vielleicht noch weiter mit Vortheil vollzogen werden.

Einen entschiedenen legislativen Mißgriff involvirt aber die Uebertragung des vis major-Begriffs auf ein drittes Gebiet, wie sie durch die neuere Reichsgesetzgebung vorgenommen ist. Es handelt sich um folgende Gesetzesstellen:

B.G.B. § 203: „Die Verjährung ist gehemmt, solange der Berechtigte durch Stillstand der Rechtspflege innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist an der Rechtsverfolgung verhindert ist.

Das Gleiche gilt, wenn eine solche Verhinderung in anderer Weise durch höhere Gewalt herbeigeführt wird.“

---

132) So die herrschende Ansicht; anders Baron, Archiv f. civ. Praxis, Bd. 81 („der Mönchensteiner Eisenbahnunfall") S. 182 hinsichtlich der Haftpflicht der Eisenbahnen gegenüber den Reisenden.

133) Weshalb denn auch in anderen Staaten eine gesteigerte Verbindlichkeit ähnlicher Art für die Eisenbahnen besteht; vergl. die Uebersicht bei Baron, a. a. O. Bd. 81 S. 183—195.

134) Vergl. Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs vom 28. Okt. 1871 § 11 einerseits, schweizerisches Bundesgesetz betr. die Haftpflicht aus dem Fabrikbetriebe vom 25. Juni 1881 Art. 2 andererseits.

B.G.B. § 1996 Abs. 1: „Ist der Erbe durch höhere Gewalt verhindert worden, das Inventar rechtzeitig zu errichten oder die nach den Umständen gerechtfertigte Verlängerung der Inventarfrist zu beantragen, so hat ihm auf seinen Antrag das Nachlaßgericht eine neue Inventarfrist zu bestimmen" ꝛc.

Hierher gehört auch § 118 des Entwurfs II. Lesung, wo die unrichtige Uebermittlung einer Willenserklärung dem Erklärenden nicht zugerechnet werden sollte, falls die Unrichtigkeit der Uebermittlung in „höherer Gewalt" ihren Grund hätte. Vergl. oben Note 1 a. E. Jedenfalls war, wenn wir auch sonst ganz absehen von der Tragweite der nunmehr abgeänderten Bestimmung des B.G.B., die Verwendung unseres Begriffs auch hier nicht zweckmäßig.

Es ist ferner hier zu erwähnen:

C.P.O. § 211 Abs. 1: „Einer Partei, welche durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, eine Nothfrist einzuhalten, ist auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu ertheilen." Vergl. auch Str.P.O. § 44 [135]).

Was die beiden letzten Bestimmungen aus den Prozeßordnungen betrifft, so ist hier freilich von höherer Gewalt nicht die Rede. Daß aber wirklich vis major auch hier gemeint ist, dafür spricht ein Mehreres. Einmal der Gesetzestext selbst: es ist von „unabwendbarem Zufall" die Rede. Hätte der

135) Uebereinstimmend gegen die Verwendung der vis major in den obigen Rechtsnormen (insbes. des Prozeßrechts): v. Schey, a. a. O. S. 60 f., Gelpcke, a. a. O. S. 384, Gerth, S. 186 ff., v. Canstein, Zeitschrift für Civilprozeß, Bd. 16 Nr. 1: „Grundlagen des Kontumazialrechts".

Den Gegnern unseres Begriffs bieten die obigen Bestimmungen willkommnen Anlaß, um gegen seine Brauchbarkeit überhaupt zu Felde zu ziehen. Vergl. z. B. Gerth, a. a. O.: „Je unbestimmter und unsicherer ein Begriff ist, um so leichter wird es, ihn auf die heterogensten Gebiete zu übertragen. Das hat es möglich gemacht, die höhere Gewalt auch in die Prozeßordnungen zu verpflanzen" u. s. f.

Gesetzgeber nur das Nichtvorhandensein des Verschuldens[136]) in der Person des Antragstellers zur Voraussetzung der Restitution erheben wollen, so hätte er nur von „Zufall" überhaupt gesprochen, da ja nach der herrschenden Terminologie Zufall = casus die Negation des Verschuldens bildet. Daß man aber strenger sein wollte, geht aus den Motiven (zu § 204 des Entwurfs einer C.P.O.) klar hervor, und das ist denn auch in der Praxis durch eine konstante Uebung des Reichsgerichts anerkannt worden. Vergl. R.G.E., II S. 426 (welcher Entscheidung sich die späteren anschließen):

„Unter Naturereignissen und anderen unabwendbaren Zufällen, welche § 211 C.P.O. als Gründe für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Folgen von Nothfristversäumungen anerkennt, versteht das Gesetz das nämliche, was Art. 395 H.G.B. unter höherer Gewalt" ꝛc.

Was nun die Verwendung der vis major sowohl in den §§ 203, 1996 wie den letztgenannten Normen der Prozeßordnungen betrifft, so liegt die Verschiedenheit dieses Gebiets von demjenigen, von welchem der vis major-Begriff seinen natürlichen Ausgangspunkt genommen, klar auf der Hand[137]).

---

136) Nur ein Einzelfall der Nichtschuld (unverschuldete Unkenntniß erfolgter Zustellung) ist durch Str.Pr.O. § 44 für „unabwendbaren Zufall" erklärt; anders die Fassung von C.P.O. § 211 Abs. 2.

137) Vergl. v. Schey, a. a. O. S. 60f.: „Vor allem muß nun bemerkt werden, daß wir hier auf ganz anderem Boden stehen als in den Fällen der Haftung des Gastwirths oder auch des Frachtführers oder der Eisenbahnen. Dort fragt es sich, inwiefern man aus Verkehrsrücksichten über sein Verschulden hinaus eine Verantwortung übernehmen müsse, hier, ob gewisse nachtheilige Rechtsfolgen aus Billigkeitsrücksichten abgewendet werden sollen. Schon das zeigt, daß alle die Erwägungen, welche dort zur vis major geführt haben, hier nicht einschlagen. Weder unter dem Gesichtspunkte der bei gewissen Betrieben nothwendigen außerordentlichen Vorkehrungen noch unter dem der Uebernahme aller Betriebsgefahren läßt sich für die „höhere Gewalt", als Grund einer Fristverlängerung eine nähere Bestimmung gewinnen".

Man ist daher vor die Alternative gestellt: entweder die Verwendung der „höheren Gewalt" in diesen Gesetzesstellen für unglücklich zu erklären, oder zu sagen: hier liegt überhaupt nicht derselbe Begriff zu Grunde wie bei den römischen Bestimmungen [138]). Letzterer Ansicht sind wir nicht. Aber so viel ist offenbar, daß die Begriffsformulirungen jener, welche die vis major in Beziehung oder in Gegensatz zu den Betriebsgefahren bringen, hier cessiren müssen. Die Exner'sche Definition z. B.: „höhere Gewalt ist ein Ereigniß, welches außerhalb des Betriebskreises der betreffenden Verkehrsunternehmung entsprungen, durch Hereinwirken in diesen Betriebskreis einen Schaden an Leib und Gut verursacht" läßt uns gänzlich im Stich. Dagegen an sich unmöglich ist die Uebertragung unseres Begriffs der vis major, wie wir ihn in den Quellen gefunden, auf die genannten Rechtsnormen nicht: das Gesetz kann ja festsetzen, daß nur die für Menschenkräfte überhaupt unüberwindlichen Ereignungen (quibus humana infirmitas resistere non potest) die betreffenden nachtheiligen Folgen ausschließen sollen. Aber eine solche positive Regelung ist nicht zu empfehlen: hier gerade, wo das Moment der Strafe, nicht das intensiverer gewerblicher Haftung das maßgebende ist, wird man mit Recht versucht sein, den Gesichtspunkt des Verschuldens in den Vordergrund zu rücken. Daher denn auch das Bestreben, auf dem Wege der Interpretation aus § 211 C.P.O. die vis major zu eliminiren und künstlich nur den Mangel an Verschulden aus demselben als Restitutionserforderniß herauslesen zu wollen [139]). Dasselbe wird man vielleicht später mit § 1996 B.G.B. vornehmen. Am wenigsten Bedenken erregt noch die Bestimmung des § 203 B.G.B. Tempus hostilitatis war schon nach den Qellen ein Haupt-

138) So v. Schey, S. 49, vergl. auch S. 61 und Note 83 daselbst.
139) So v. Canstein in der citirten Abhandlung.

hemmungsgrund der Verjährung. Es lag nahe, im Anschluß daran von vis major überhaupt zu reden und auf diese Fälle dann das Ruhen der Verjährung zu beschränken. Vielleicht dürften aber dennoch später in praxi die Bestimmungen des § 203 so gehandhabt werden, daß sie nicht viel abweichen von der schon jetzt als geltendes gemeines Recht vorgetragenen Lehre[140]), wonach objektive, nicht in der Person des Einzelgläubigers liegende Hemmnisse — welche aber nicht unüberwindlich im technischen Sinne zu sein brauchen — ein Ruhen der Verjährung bewirken.

VIII.

Doch wie verschieden im Einzelnen auch die legislativen Gesichtspunkte gewesen sein mögen, und welche es immer gewesen sein mögen, die zur Einführung der erhöhten Haftung bis vis major geführt haben: so viel ist klar, daß in allen diesen Fällen die culpa-Frage überhaupt eliminirt werden soll. Selbst wenn wir annehmen würden, der Beweisnothstand sei das alleintreibende Moment gewesen, welches zur Verschärfung der schuldnerischen Haftung geführt, selbst wenn der Gesetzgeber nur den kulposen Schuldner treffen wollte, so geht der Rechtssatz, den der Gesetzgeber aufstellt, wenn er Haftung bis vis major verlangt, viel weiter. Die Schuldfrage existirt gar nicht: der Schuldner soll das übernommene Resultat leisten, und nur vis major soll befreien.

Der Gesetzgeber hat also, in neuerer Zeit vielfach von einem Beweisnothstande ausgehend, durch Einführung der vis major als Grenze dem Schuldner auch dort Haftung auferlegt, wo ein Verschulden des Verpflichteten gar nicht vorzuliegen braucht. Andererseits kann aber auch die vis major

---

140) Dernburg, Pand., I § 147 Note 12 (4. Aufl.).

mit culpa, selbst dolus des Schuldners verbunden sein[141]). Was das Verhältniß der vis major zur culpa anlangt, so müssen, wenn anders unsere Voraussetzung richtig ist, daß die höhere Gewalt nur eine Unterart des weiteren Begriffs des casus bilde, hier dieselben Grundsätze maßgebend sein, welche wir oben über die Beziehung des casus zur culpa dargelegt haben. Wie bei jedem casus kann sich nämlich auch bei vis major culpa und dolus in doppelter Weise zeigen: einmal kann dem an sich unüberwindlichen Ereigniß (dessen Eintritt, wie bei jedem casus, außerhalb und unabhängig von dem Willen des Schuldners erfolgen muß) durch dolose oder kulpose Handlung des Schuldners erst die schädigende Richtung auf den Geschädigten gegeben werden (culpa in faciendo) — und andererseits kann, wenn auch in jener Hinsicht nichts gefehlt worden ist, dennoch die nöthige Sorgfalt vermißt werden in dem Abwenden der schädigenden Folgen eines unüberwindlichen Ereignisses im Einzelnen[142]). Mithin ist jedenfalls

---

141) l. 1 § 4 D. 44, 7, l. 5 § 4 D. 13, 6, § 2 J. III 14, l. 9 § 4 D. 19, 2, l. 52 § 3 D. 17, 2, l. 18 D. 13, 6, l. 23 D. 50, 17.

142) Anders Bruckner und Schneider. Bruckner, a. a. O. S. 253 ff., 263—266 führt aus, damit ein Unfall (vis im weiteren Sinne = unserem casus) sich überhaupt ereigne, müßten immer zwei Voraussetzungen vorliegen: 1) „Der Angriff einer wie immer beschaffenen feindlichen Gewalt auf eine bestimmte Sache; 2) das Fehlen eines die Wirkung dieser Gewalt hemmenden Widerstandes" (S. 254). In beiden Beziehungen könne ein Verschulden des Verpflichteten, mithin eine Zurechnenbarkeit für denselben vorliegen. Es könne der Schuldner durch positive Handlungen den Angriff begünstigen (culpa in faciendo), er könne ferner es an der Sorgfalt haben fehlen lassen, den Angriff abzuschlagen (c. in non faciendo). Bei dem engeren Kreis der vis major-Ereignisse könne dagegen wegen der Unüberwindlichkeit nur die erstere Art des Verschuldens platzgreifen. „Der weitere Nachweis, daß auch der hinsichtlich des zu bethätigenden Widerstandes geforderte Fleiß in concreto angewendet wurde, ist beim Vorliegen von vis major irrelevant, da ja von vornherein feststeht, daß einem derartigen Unfall kein genügender Widerstand entgegengesetzt werden kann"

das Unabwendbare an sich nie ein wesentlicher Bestandtheil der vis major, sondern nur die Unüberwindlichkeit, und diese Unüberwindlichkeit muß typisch jeglicher Menschenkraft gegenüber verstanden sein. Es kann daher nicht ein und dasselbe Ereigniß für den Kleinfrachtführer höhere Gewalt, für den Großunternehmer niederer casus sein. Entweder das betreffende Ereigniß (z. B. aufgeweichte Wege bei uns) ist überhaupt nicht vis major, und der Kleinfrachtführer muß, da der Gesetzgeber bei den für uns in Betracht kommenden Normen nun einmal auf den Einzelfall nicht eingehen will, auch ohne Schuld haften, oder das Ereigniß ist eben vis major, und ist es dann stets, wie z. B. der Blitzschlag. Trotzdem ist er nicht unabwendbar; Blitzableiter können vor seiner alles zerschmetternden Gewalt bewahren, und die Unterlassung der Blitzableiteranlagen kann culpa sein. Sie wäre es z. B., wenn notorisch an dem in Frage kommenden Orte der Blitz häufig einschlüge. Außerdem da bei der Diskussion der Schuldfrage stets auf die konkreten Verhältnisse Rücksicht zu nehmen wäre, kann hier nun auf die Größe des Geschäfts gesehen werden. Große Unternehmungen wird man eher haften lassen, als den Einzelfuhrmann. Da die Blitzableiteranlagen, namentlich die

---

(S. 264). — Gerade diesen an sich nur logischen Schluß möchten wir nicht ziehen. Unüberwindliche Gewalten — das liegt im Begriff — kann man freilich nicht besiegen, bezwingen; fast immer aber wird es möglich sein, in größerem oder geringerem Maße die schädigenden Folgen zum Theil zu verhüten, zum Theil wenigstens abzumindern und, wenn nicht alles, so doch vielleicht etwas zu retten. Und in dieser Beziehung kann sehr wohl eine culpa in non faciendo des Verpflichteten vorliegen.

Das andere Extrem vertritt Schneider, a. a. O. Schneider verlangt vom Schuldner, daß er auch unüberwindlichen Ereignissen gegenüber stets einen außerordentlichen Fleiß (dessen Unterlassung keine culpa sein soll) anwendet, um in concreto die Schadensfolgen fern zu halten. Die Unabwendbarkeit, nicht die Unüberwindlichkeit, sei das Essentiale der vis major. Vergl. das S. 24—26 über diese Theorie Gesagte.

fast jährlich damit verbundenen Reparaturen noch immer kostspielig sind, wird man dem letzteren, wo das Einschlagen nicht wahrscheinlich, schon nach dem von Stintzing betonten Gesichtspunkt, daß der Geschäftsmann auf seine Kosten kommen müsse, daß man nicht unsinnig theure Anlagen verlangen könne, nicht immer Schuld imputiren. Aber dies alles bezieht sich nur auf die culpa, welche neben der höheren Gewalt herlaufen kann, nicht auf den vis major-Begriff selbst. Auf diese Weise halten wir uns die „höhere Gewalt" rein. Wir sondern, wo unsere verschärften Haftungsnormen Anwendung finden, im Falle des Verlustes oder der Beschädigung des Gutes von vornherein eine ganze Gruppe, nämlich die an sich nicht unüberwindlichen Ereignisse, aus. Für diese muß der Unternehmer stets aufkommen, mögen sie im konkreten Falle noch so unabwendbar gewesen sein. Erst bei der anderen Gruppe — und diese wird weit seltener vorkommen — den wirklichen vis major-Ereignungen, gehen wir auf den Einzelfall ein und untersuchen, ob culpa vorliegt oder nicht.

Die vorigen Sätze haben wir von demselben Gesichtspunkt aus entwickelt, welchen wir für den casus überhaupt aufgestellt haben. Hier führen sie zu wirklich praktischen Ergebnissen und erheblichen Abweichungen von der herrschenden Lehre[143]. — Was unsere Auffassung bei dem einfachen casus betraf,

143) Vergl. dagegen folgende Ergebnisse der herrschenden Lehre: Ein schlau ausgeführter Diebstahl müßte vom herrschenden subjektiven Standpunkt aus, vorausgesetzt, daß der Unternehmer sich auch nicht der geringsten culpa schuldig gemacht hat, als vis major bezeichnet werden, (Eger, Frachtrecht, S. 252. Große Schlauheit sei unüberwindlich und die „geistige Ueberlegenheit des Diebes enthalte höhere Gewalt"), während ein naufragium, eine vis piratarum, vorausgesetzt, daß den Schiffer Schuld trifft, danach eine vis major nicht bilden würde. Und doch nennen die Quellen die letzten beiden Schadensgründe stets unter den Schulbeispielen der höheren Gewalt, und doch muß der Unternehmer stets für Diebstahl aufkommen, da furtum immer niederer casus bleibt.

so könnte man auf den ersten Augenblick vielleicht nicht mit Unrecht meinen, es sei das ein ganz leerer Wortstreit. Es sei doch dasselbe, ob man sagt, es wird für culpa gehaftet, casus befreit, dieser casus liegt nur vor, wo den Schuldner bezüglich des schädigenden Ereignisses keine culpa trifft — oder ob man, wie wir, sagt: casus befreit immer, aber es läuft eine selbständige culpa-Haftung, welche die an sich befreiende Wirkung des casus aufheben kann, bei den bonae fidei negotia daneben. Man möchte die Formulirung der herrschenden Lehre sogar für besser halten, sie ist einfacher und hat überdies die Anschauung des gewöhnlichen Lebens für sich. Denn wenn man im allgemeinen von casus-Zufall spricht, nimmt man gänzliche Schuldlosigkeit[144]) und somit Befreiung des Verpflichteten an, gerade weil eben das Wort Zufall den Gegensatz zu dem durch unseren Willen hervorgerufenen oder unseren Erwartungen wenigstens entsprechenden Ereignissen bildet. Allein der casus = Begriff der Quellen schließt eben die culpa nicht aus, und insbesondere vis major schließt nicht culpa levissima aus, sondern kann ruhig mit culpa, selbst dolus konkurriren.

Wenn wir also auch nicht das Fehlen der culpa als Voraussetzung für das Vorliegen der vis major auffassen, so werden wir doch nicht in den Fehler verfallen, den ein schweizerisches Gericht, beeinflußt durch die Exner'sche Abhandlung, gemacht hat. Es lag folgender Fall zur Entscheidung vor[145]): Ein Baumeister hatte sich vertragsmäßig verpflichtet, eine Festhütte in bestimmter Zeit abzubrechen. Das geschah nicht. Verklagt, erhob er die Einrede der höheren Gewalt. Sein

---

144) An einigen Orten schließen sich die Quellen diesem Sprachgebrauch an: cf. l. 11, l. 32 pr. D. 35, l. 1 § 35 D. 16, 3, l. 9 § 3 D. 19, 2, l. 10 Cod. 4, 6.

145) Entnommen aus Huber, Berner Dissertation, S. 49.

Anwalt erklärte, auf die Schuldfrage sei überhaupt nicht einzugehen. Ein Orkan habe die Festhütte niedergerissen und dadurch das Wegräumen und Abbrechen der Hütte in der kontraktlich festgesetzten Zeit unmöglich gemacht. Dadurch sei die exceptio vis majoris gerechtfertigt. Thatsächlich lag aber culpa lata vor. Der Architekt war an das Abbrechen der Festhütte schon vor dem Herannahen des Orkans gegangen. Dabei war gegen alle Regel nnd Kunst verfahren worden, indem zunächst die Stützbalken weggenommen waren. So wurde es dem Winde leicht, die Hütte umzuwerfen. Das Gericht theilte jedoch des Anwalts Auffassung, ging auf die Schuldfrage nicht ein und ließ die Einrede höherer Gewalt zu.

Eine solche Entscheidung widerspricht gänzlich dem Standpunkte des römischen Rechts. Vorausgesetzt, der Architekt hätte bis zur höheren Gewalt zu haften, so würde es sich einmal darum handeln, ob hier eine unüberwindliche, der gemeinen Menschenkraft überlegene Naturgewalt vorlag, da es vielleicht nur durch das unverständige Vorgehen des Baumeisters dem an sich nicht starken Winde möglich gemacht war, den Schaden anzurichten; andererseits aber, wenn wirklich ein gewaltiger Orkan, eine Elementargewalt im Sinne der Quellen, in Frage kam, so wurde die Befreiung durch vis major hier durch grobe culpa, für welche der Architekt schon aus dem Vertrage zu haften hatte, aufgehoben. — Uebrigens bietet auch die Exner'sche Abhandlung selbst, welchem Huber diese Entscheidung entgegenhält, keinen Anlaß zu diesem Fehler[146]). — Für den dolosen und kulposen Schuldner giebt es nicht

146) Vergl. Exner, a. a. O. S. 574 ff. — Richtig auch Brinz, Pand., II S. 273: „Hier ist dann eine Prästation des casus wegen Verschuldens begründet, und diese kann bei jedem casus, bei jeder vis major, also weithin, wo das custodia-Versprechen nicht mehr hinreicht, Platz greifen.“ Vergl. auch Note 36 daselbst. Ganz andrer Ansicht Schneider, a. a. O. S. 364—370.

die milde ratio der vis major, daß man von einem Menschen Erfüllung nicht mehr verlangen kann, wo Menschenkräfte überhaupt versagen. Nein! Er hat die Folgen seines kontraktwidrigen Handelns voll zu tragen.

Daß also der Schuldner in solchen Fällen stets haftet, geht aus den Quellen klar hervor, und auch Exner giebt das zu. Aber wie wird die Haftung praktisch durchgeführt? Exner meint a. a. O. S. 575, 576: „Immerhin führt die erwiesene höhere Gewalt bloß einen hohen Grad der Wahrscheinlichkeit zu seinen (des Schuldners) Gunsten, keineswegs die völlige Gewißheit mit sich; es bleibt möglich, daß gerade im vorliegenden Falle die schädigende Wirkung des damnum fatale durch ordentliches Verhalten hätte abgewendet werden können"... „Die thatsächlichen Anhaltspunkte dafür wird allerdings der Kläger aufsuchen und beibringen müssen, denn es liegt in der Natur der Sache, daß bei erwiesener vis major bis auf weiteres die völlige Unabwendbarkeit als das überwiegend Wahrscheinliche vorweg anzunehmen ist"... „Hat aber der Kläger solche Anhaltspunkte aufgedeckt, so wird Beklagter sie zu entkräften gehalten sein" [147]).

Wir werden hierin Exner nicht folgen können. Danach hätte Beklagter den leichten Beweis der präsumptiven Unabwendbarkeit, Kläger den schweren Beweis der positiven Abwendbarkeit. Gerade dies wäre ein Beweisnothstand, eine schlimme Lage des Klägers! Eine solche Regelung der Beweisfrage würde die absolute Haftung für dolus und culpa in den meisten Fällen illusorisch machen. Wie kann der Eigenthümer des Frachtguts auch nur Anhaltspunkte einer culpa vorbringen, wenn der Schiffer auf hoher See Schiffbruch leidet! Wir werden anders vorgehen müssen. Der Frachtführer, Schiffer,

147) Aehnlich auch Bruckner, a. a. O. S. 272: „Vis major befreit immer, wenn nicht der Kläger in Form einer replicatio eine Schuld des Beklagten geltend machte." — Ohne Beweis, ohne nähere Begründung.

Wirth hat die Verpflichtung auf sich genommen, die ihm anvertrauten Sachen unversehrt wieder abzuliefern. Kann er das nicht, wird er infolge dessen auf Herausgabe bezw. Schadenersatz verklagt, so befreit ihn nach all dem, was wir über die objektive Struktur unserer Obligation nachgewiesen haben, natürlich der Beweis, daß er es an genügender Sorgfalt (in der Bewachung der Sachen) nicht habe fehlen lassen, in keiner Weise[148]. Vielmehr muß er Schadenersatz leisten, wenn er nicht einredeweise geltend machen und beweisen kann:

1) daß eine vis major die Erfüllung unmöglich gemacht hat, und ferner

2) daß weder durch kontraktwidriges Verhalten (dolus oder culpa) die vis major veranlaßt ist, noch aus diesem Grunde es unterlassen worden ist, der schädigenden Wirkung der höheren Gewalt bei Zeiten aus dem Wege zu gehen oder wenigstens ihre Schadensfolgen im Einzelnen thunlichst abzuwenden, abzumindern.

Der Schuldner also ist es, welcher hier ebenso wie bei allen übrigen Obligationen seine Nichtschuld beweisen muß. Erst wenn er beides bewiesen hat, wird er von seiner objektiven Verbindlichkeit auf unversehrte Rückgabe des rezipirten Gutes befreit. — Aber darin hat Exner freilich Recht, daß in jenen Ausnahmefällen, wo vis major wirklich vorliegt, meist schon in der Geltendmachung der exceptio vis majoris der Beweis liegt, daß der Schuldner frei von dolus und culpa ist.

Wir sind am Ende! Das Resultat, zu dem wir gelangt sind, stimmt mit dem Grundgedanken jener älteren objektiven Lehre überein, doch litt dieselbe, wie schon Exner nachgewiesen, an einer Prinziplosigkeit. Man konnte für die befreienden vis major-Ereignisse nur einige bestimmte typische Beispiele geben,

148) Vergl. die Worte Ulpians in l. 3 D. 4, 9: „At hoc edicto omnimodo, qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit, vel damnum datum est.“

über welche hinaus nicht gegangen wurde. Der Zweck dieser Abhandlung dagegen war es, aus einem allgemeinen Haftungsprinzip heraus auch die verschärfte Haftung bis vis major zu erklären. Einmal sahen wir, daß die streng objektive Struktur der Verpflichtung des Frachtführers, caupo etc. sich in ähnlicher, wenn auch gemilderter Weise bei anderen Obligationen (z. B. der obligatio auf dare) vorfand: hier wie dort befreite der Nachweis der Diligenz in keiner Weise, wenn sonst der Erfolg überhaupt noch herbeiführbar war. Und andererseits sahen wir, wie dasselbe Phänomen der befreienden Unmöglichkeit, wie es bei den übrigen objektiven Verbindlichkeiten auftrat, auch bei den Verpflichtungen bis zur höheren Gewalt (— wenngleich hier die Schranke hinausgeschoben —) vorhanden war und die Obligation zerstörte.

Zum Schlusse möge noch der Hinweis gestattet sein, daß Verfasser jenen in neuerer Zeit von allen Seiten erhobenen Stimmen, der Begriff der höheren Gewalt sei unpraktisch, unbrauchbar, seine Anwendung im modernen Recht sei durchaus zu widerrathen, nicht beipflichten konnte; er hält die Haftung bis zur höheren Gewalt für eine gerade unserem heutigen entwickelten Wirthschaftsleben sehr entsprechende Rechtserscheinung. Freilich der herrschenden subjektiven Lehre im Vereine mit der neuesten Reichsgesetzgebung, welche den Begriff benutzt, wo seine Verwendung entschieden nicht zu empfehlen ist, und welche die verschärfte Haftung bis vis major fallen läßt, wo sie, wie beim Schiffer, annähernd zwei Jahrtausende gegolten, dürfte es vielleicht gelingen, die vis major in Mißkredit zu bringen. Es wäre zu bedauern, wenn dieser Begriff, welchen wir dem in praktischen Dingen stets das Richtige treffenden Scharfsinn der Römer verdanken, ein Begriff, welcher einem so gesunden, fruchtbaren Rechtsgedanken Ausdruck verleiht, in unserem Rechte ganz oder wenigstens in seiner ursprünglichen tüchtigen Gestaltung verschwinden sollte.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena.

Fischer, Hans A.

Vis major im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung

Jena 1897

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11813294-7